Die rechtliche Natur der Ausgleichung.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristischen Fakultät der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Hermann Hoffmann

aus Mülheim-Styrum

Marburg i. H.

Buchdruckerei Franz Fischer, Kugelgasse 1 (am Kalbstor)

1926

Referent:

Professor Dr. Paul Meyer, Marburg (Lahn)

Meinen lieben Eltern

Inhaltsangabe.

Einleitung . . . . § 1

I. Die verschiedenen Theorien über das Wesen der Ausgleichung . § 2

II. Kritische Würdigung der Theorien:

1. Kapitel. Prüfung der geschichtlichen Entwicklung . . . . . § 3

2. Kapitel. Prüfung des Gesetzestextes . . . . § 4

3. Kapitel. Prüfung des systematischen Zusammenhangs . . § 5

4. Kapitel. Prüfung der Zweckmäßigkeit:

A. Das Verhältnis der Ausgleichungsbeteiligten untereinander . . . . § 6

B. Die Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten . . . . . § 7

III. Insbesondere die Theorie des gesetzlichen Vorausvermächtnisses . § 8

IV. Schlußbemerkung . . . . § 9

Schrifttum.

Anz, Die Ausgleichung unter Miterben nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Leipzig 1903.
Bähr, im Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. 3.
Beyer, Die gesetzliche Erbenausgleichung. Diss. Marburg 1900.
Binder, Die Rechtstellung des Erben nach dem deutsch. BGB. Leipzig 1903.
— —, Vermögensrecht und Gegenstand i. Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. 34.
— —, Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaften. XI: Erbrecht. 1923/24.
Böhm, Das Erbrecht des BGB. Hannover 1899.
Brinz, Lehrb. d. Pandekten, 2. Aufl., Bd. 3. Erlangen 1896.
Cosack, Gemeinschaftsrecht, Familienrecht, Erbrecht. Jena 1924.
— —, Sachenrecht, Familienrecht, Erbrecht. Jena 1913.
— —, Verhandlungen d. 20. deutschen Juristentags, 1. Bd.
Crome, Schuldverhältnisse. Tübingen 1912.
— —, Erbrecht. Tübingen 1912.
Dernburg, Erbrecht. Halle 1911.
— —, Pandekten, 3. Bd., 5. Aufl. Berlin.
Ebbecke, in Leipz. Zeitschr. 1920.
Engländer, Die regelmäßige Rechtsgemeinschaft, Teil I: Grundlegung. Berlin 1914.
Endemann, Lehrb. d. BGB., Erbrecht. Berlin 1920.
Enneccerus-Lehmann, Lehrb. d. BGB., Erbrecht. 1901.
Enneccerus, Lehrb. d. bürgerl. Rechts, 1. Bd. 1. Abtlg. Marburg 1923. 1. Bd. 2. Abtlg. Marburg 1922.
Enneccerus-Kipp, Das Erbrecht. Marburg 1923.
Fein, Das Recht der Kollation. Heidelberg 1842.
Fischer-Henle, Bürgerl. Gesetzbuch. München 1921.
Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht, Bd. 4. Berlin 1897.
Frommhold, Das Erbrecht. Berlin 1900.
Gatzemeier, Die Ausgleichung bei Testamenten. Diss. Marburg 1923.
Gierke, Der Entwurf eines BGB. und das deutsche Recht. Leipzig 1899.
— —, Deutsches Privatrecht. Leipzig 1895.
Goldmann-Lilienthal, Kommentar zum bürgerl. Recht, Teil I. 1900.
Hachenburg, Das BGB. für das Deutsche Reich, Vorträge. Mannheim 1900.
Hankwitz, Die Einwirkung von Zuwendungen auf die Pflichtteilsansprüche. Diss. Tübingen 1902.

Hellmann, in Kritische Vierteljahrsschr., Bd. 39.
Henius, Die Ausgleichung unter den Miterben und die Anrechnung auf den Pflichtteil nach dem BGB. Diss. Berlin 1903.
Heymann, Die Bedeutung der Ausgleichungspflicht auf die Verteilung der Nachlaßfrüchte; in Iher. Jahrb., Bd. 42.
Höxter, Die Rechte der Nachlaßgläubiger gegenüber den einzelnen Miterben vor der Teilung des Nachlasses. Diss. Marburg 1902.
Jäger, in Jur. W., 1. Halbbd. 1925.
— —, Erbenhaftung u. Nachlaßkonkurs im neuen Reichsrecht. Berlin 1898.
Jakubetzky, Bemerkungen zu dem Entwurf eines BGB. f. d. Deutsche Reich. München 1892.
Juristische Wochenschrift 1836.
Kaßler, Der Einfluß der Ausgleichung auf die Erbenhaftung. Dissertation. Leipzig 1904.
Knitschki, Erbschaft u. Erbteil, im Arch. f. d. ziv. Pr., Bd. 91.
Köhne u. Feist, Die Nachlaßbehandlung, das Erbrecht, Familienrecht und Vormundschaftsrecht. Berlin 1917.
Kohler, Gemeinschaften mit Zwangsteilung, im Arch. f. d. ziv. Pr., Bd. 91.
— —, Gesammelte Abhandlungen. Mannheim 1883.
Kohler-Holtzendorff, Enzyklopädie der Rechtswissenschaften, Bd. 1. Berlin-Leipzig 1904.
Kohler, Lehrb. d. Konkursrechts. Stuttgart 1891.
Köhler, Die Anrechnung von Empfängen unter Lebenden auf den Erbteil und den Pflichtteil. Diss. Erlangen 1904.
Köppen, Lehrb. des heutigen römischen Erbrechts. Würzburg 1895.
Kreß, Die Erbengemeinschaft. Jena 1910.
— —, im Sächs. Arch. 09.
Kroning, Die Nachlaßgläubiger- und die Kollationspflicht. Dissertation. Göttingen 1894.
Kretzschmar, Das Erbrecht. Leipzig 1910.
Küntzel, Strohals kritische Bemerkungen über das Erbrecht im BGB., in Gruch. Beitr., Bd. 41.
Laband, in Goldschmidts Zeitschr. f. Handelsrecht, Bd. 31. 1885.
Langheineken, Anspruch u. Einrede. Leipzig 1903.
Leist, in Glücks Pandektenkommentar, Bd. 37/38. Erlangen 1875.
Leske, Vergleichende Darstellung des BGB. f. d. Deutsche Reich u. das Preuß. Allgemeine Landrecht. Berlin 1903.
Leonhard, Erbrecht. Berlin 1912.
Leonhard-Eck, Vorträge über das BGB. Berlin 1898/04.
Magnus, Die Ausgleichungspflicht nach dem BGB. Diss. Breslau 1903.
Matthias, Lehrb. d. bürgerl. Rechts, 2. Bd. Berlin 1900.
Meyer, P., Das Erbrecht des BGB. Marburg 1921.
Mohrenwitz, Die Wirkungen der Ausgleichung unter Miterben. Diss. Marburg 1904.
Motive zu dem Entwurf eines BGB. f. d. Deutsche Reich. Berlin 1896.

Mugdan, Die gesammelten Materialien zum bürgerl. Gesetz. Berlin 1899.
Nagler, Sächs. Arch. Bd. 10.
Oertmann, Allgemeiner Teil. Berlin 1908.
— —, Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1910.
— —, Arch. f. bürgerl. Recht Bd. 11.
OLG.-Entscheidungen Bd. 1, 2, 3, 12.
Planck-Strohal, Kommentar z. BGB., Erbrecht. Berlin 1908.
Planck-Ritgen, Kommentar zum BGB. Bd. 5. 1902.
Pöschmann, Die Ausgleichung zwischen Miterben nach dem BGB. Diss. Leipzig 1913.
Protokolle der Kommission f. d. zweite Lesung des Entwurfs zum BGB. Berlin 1902.
Pfizer, Über die Kollation der Descendenten. Stuttgart 1807.
Reichsgerichtsräte, Kommentar 1. u. 3. Bd. Berlin 1923.
Rosenthal, Die rechtliche Natur der Ausgleichung u. ihre Bedeutung f. d. Erbenstellung nach heutigem deutschen Recht. Diss. Marburg 1905.
Roth-Becher, Bayr. Zivilrecht. Tübingen 1871/75.
Reichsgerichts-Entscheidungen Bd. 43, 66, 76, 81.
Schiffner, Pflichtteil, Erbenausgleichung und die sonstigen gesetzl. Vermächtnisse nach dem BGB. Jena 1897.
Seufferts Archiv 60.
Siegel, Das deutsche Erbrecht. Heidelberg 1853.
Staudinger, Kommentar zum BGB., Schuldrecht. München 1912.
— —, Kommentar zum BGB., Erbrecht. München 1914.
Strohal, Das deutsche Erbrecht. Berlin 1903/04.
Strützki, Gutachten über die Frage: Welche Grundsätze sind in dem künftigen deutschen Gesetze über das Verhältnis der Miterben und ihre Auseinandersetzung aufzustellen? 20. Deutsch. Jur. Tag Bd. 1, 1889.
v. Sydow, Darstellung des Erbrechts nach dem Sachsenspiegel. Berlin 1828.
Warneyer, Bd. 4.
Weißler, Das deutsche Nachlaßverfahren. 1900.
Wendt, Die Haftung des Erben, i. Arch. f. d. ziv. Praxis Bd. 86.
Wesemann, Die rechtliche Natur der Kollation. Diss. Göttingen 1906.
Wiesner, Rechtliche Natur und Gegenstand der Kollationspflicht. Diss. Leipzig 1906.
Wilke-Reatz, Das BGB. mit Kommentar, 5. Bd. Berlin 1900.
Windscheidt-Kipp, Lehrb. d. Pandektenrechts. Frankfurt 1906.
Wohlfahrt, Der Einfluß der Ausgleichung auf die Erbenhaftung. Diss. Leipzig 1908.
Wolfer, Die Ausgleichung der Erben nach dem schweizer Zivilgesetzbuch. Diss. Zürich 1909.
Zachariae-Crome, Handb. d. franz. Zivilrechts. Freiburg 1894/95.
Zimmermann, Arch. f. d. ziv. Prax. Bd. 51.

§ 1. Einleitung.

Abkömmlinge erhalten oft schon bei Lebzeiten des Erblassers Zuwendungen, z. B. Ausstattungen, von denen dem vermutlichen Willen des Erblassers gemäß anzunehmen ist, daß sie nur Vorausgaben auf den zukünftigen Erbteil des Empfängers bilden sollen. Es wäre daher ungerecht, wenn derartige Zuwendungen bei der Erbteilung unberücksichtigt blieben. Deshalb haben die Abkömmlinge, wenn sie als gesetzliche Erben oder doch in Höhe oder nach dem Verhältnis ihrer gesetzlichen Erbteile zur Erbfolge gelangen, solche Zuwendungen untereinander zur Ausgleichung zu bringen (BGB. §§ 2050—2057).

Die Ausgleichung erfolgt aber nicht, wie nach römischem Recht, durch wirkliches Einwerfen der Ausgleichungsgegenstände oder ihres Wertes in den Nachlaß (sog. Natural- oder Realkollation), sondern nur durch Anrechnung des Wertes (sog. Idealkollation): der Wert der gesamten ausgleichungspflichtigen Zuwendungen wird dem Nachlaß hinzugerechnet, soweit er den Ausgleichungsbeteiligten zukommt; von dem sich so ergebenden fiktiven oder rechnerischen Nachlaß werden die Erbteile der Miterben berechnet; und jedem Ausgleichungspflichtigen wird der Wert der von ihm auszugleichenden Zuwendung von seinem Erbteil abgerechnet. Der Rest ist sein Nachlaßanteil. Bei einem Nachlaß von z. B. 10000 Mark, zwei Erben A und B, von denen A 5000 Mark auszugleichen hat, beträgt der fiktive Nachlaß 10000 + 5000 = 15000. B erhält 15000 : 2 = 7500; A empfängt 7500 – 5000 = 2500 (vgl. § 2055 BGB.).

Hat ein Miterbe mehr erhalten, als ihm bei der Auseinandersetzung zukommen würde, so bleibt der Wert der Zuwendung und der Erbteil des Überschwerten außer Ansatz.

Eine Herausgabepflicht besteht nicht. Hatte also A in dem oben angeführten Beispiel 15000 Mark auszugleichen, so ergibt sich ein rechnerischer Nachlaß von 25000 Mark. Die Erbteile betragen 12500 Mark. A hat bereits mehr erhalten, bleibt also außer Ansatz. Er erhält aus dem Nachlaß nichts, B die ganze Erbschaft (vgl. § 2056 BGB.).

I.

§ 2. Die verschiedenen Theorien über das Wesen der Ausgleichung.

Die ausführliche Regelung der Ausgleichung in den §§ 2050—57 BGB. hat zwar eine Anzahl der gemeinrechtlichen Streitfragen über die Ausgleichung beseitigt. Ihre rechtliche Natur dagegen ergibt sich nicht eindeutig aus den einschlägigen Gesetzesvorschriften. In der Wissenschaft und Praxis ist sie daher sehr bestritten.

Nach der obligatorischen Theorie[1]) findet keine Veränderung der Erbquoten statt, weder in aktiver, noch in passiver Hinsicht. Sie sind maßgebend für die Fruchtverteilung und das Stimmrecht einerseits und für die Quote andererseits, zu welcher der Miterbe für die Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten einzustehen hat. Einige Anhänger der Obligationstheorie gehen so weit, in der Ausgleichung ein gesetzliches Vorausvermächtnis zu sehen[2]).

1) Beyer S. 94; Binder, Enzyklopädie, S. 55; Böhm S. 297 Anm. 2; Cosack, 20. Juristentag, Bd. 1 S. 209; Endemann § 139 II, 2; Ermert S. 36/37; Frommhold § 2050 Nr. 5; Hachenburg, Das BGB. für das Deutsche Reich, S. 720/21; Henius S. 72—77; Höxter S. 24; Jäger, Erbenhaftung S. 67; Kaßler S. 20; Köhler S. 116; Kipp in Enneccerus-Kipp § 88 Anm. 20, § 89 VIII; Magnus S. 113; Oertmann, Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. 11 S. 197; Planck-Strohal Vorbem. zu § 2050 Nr 3 u. 4, Vorbem. zu §§ 2058 bis 63 Anm. 7, § 2061 Nr. 6; RGR.-Komm. §§ 2055, 2059, 2060; Riesenfeld Bd. 1 S. 322; Staudinger-Hertzfeld § 2055; Windscheid-Kipp Bd. 3 S. 514.

2) Matthias, Lehrbuch, Bd. 2 S. 415; Schiffner S. 112. Für das Schweizer Zivilgesetzbuch Wolfer S. 115.

Nach der dinglichen Theorie[3]) findet eine Veränderung nach beiden Richtungen hin statt. Maßgebend für den Erbteil ist das Verhältnis des Gesamtnachlasses zu dem reellen Anteil, der sich bei der Auseinandersetzung unter Berücksichtigung der Ausgleichung ergibt.

Nach einer vermittelnden Ansicht[4]) ruft die Ausgleichung zwar keine Veränderung in passiver Hinsicht hervor: die Haftung bestimmt sich nach den Erbteilen. In aktiver Hinsicht aber, also bezüglich der Erbberechtigung, entscheiden die reellen Anteile; insoweit tritt also eine dingliche Verschiebung der Erbteile ein.

Bei einem Nachlaß von z. B. 100000 Mark, zwei Erben A und B, von denen A 100000 Mark auszugleichen hat, bei Nachlaßverbindlichkeiten von 40000 Mark und jährlichen Nachlaßfrüchten von 10000 Mark ergibt sich nach der obligatorischen Theorie folgendes: A und B sind je zur Hälfte Miterben, sie sind also zur Hälfte am Nachlaß berechtigt und empfangen je 5000 Mark Nachlaßfrüchte. Die Verbindlichkeiten haben sie bei anteiliger Haftung je zur Hälfte zu berichtigen, also je 20000 Mark.

Die dingliche Theorie führt zu folgendem Ergebnis: B erhält aus dem Nachlaß $\frac{100000 + 100000}{2} = 100000$ ℳ. A geht leer aus. B erhält somit den gesamten Nachlaß, er ist allein berechtigt und verpflichtet und empfängt die gesamten Erbschaftsfrüchte in Höhe von 10000 Mark und berichtigt allein die Nachlaßverbindlichkeiten in Höhe von 40000 Mark.

3) Anz S. 64/65; Binder, Rechtsstellung des Erben, Bd. 3 S. 176; Enneccerus-Lehmann § 300; Heymann, Iher. Jahrb. Bd. 42 S. 471; Kohler, Arch. f. d. ziv. Prax. Bd. 91 S. 189/90; Kohler-Holtzendorff, Enzyklopädie, Bd. 1 S. 428; Leonhard § 2055 Nr. 6; Leske S. 1132 Anm. 9; Mohrenwitz S. 41; Meischeider S. 204; Pöschmann S. 50—52; Rosenthal z. B. S. 49; Theißen S. 44/45; Wiesner S. 43; Wilke-Reatz § 2056 Nr. 4; Wohlfahrt S. 15.

4) Binder, Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. 34 S. 237–39, Anm.; Cosack, Erbrecht, § 418, V; Crome § 685 Anm. 22, § 739 Anm. 8–10, § 741 Anm. 57–60; Kretzschmar § 86, V; Strohal Bd. 1 S. 78; Wesemann S. 66; Dernburg § 182.

Nach der vermittelnden Ansicht haften A und B je zur Hälfte für die Schulden, B aber ist allein am Nachlaß berechtigt und erhält die gesamten Nachlaßfrüchte.

II.

§ 3. Kritische Würdigung der Theorien.

1. Kapitel:

Prüfung der geschichtlichen Entwicklung.

Die Ausgleichung ist hervorgegangen aus der germanischen Abschichtung und der römischen Erbenkollation. Nach deutschem Recht war der Vorempfang eine Vorausgabe auf den Erbteil[5]. Bei dem Erbfall erhält der Vorbegabte noch den Rest seines Erbteils bezw. er bekommt nichts, wenn er überschwert ist. Demnach wird der Erbteil durch die Ausgleichung gekürzt oder gar völlig beseitigt. Die Abschichtung wirkte also dinglich.

Nach römischem Recht kann von einem im voraus ausgehändigten Erbteil keine Rede sein; die Kollation war ein Geschäft zwischen zwei Lebenden. Wollte der Vorbegabte an der Erbschaft teilnehmen, so mußte er die Zuwendung wieder in den Nachlaß einbringen. Die Kollation wurde in der Weise vollzogen, daß die Ausgleichungsbeteiligten einen ihrer gesetzlichen Quote entsprechenden Anteil des Nachlasses und des eingebrachten Conferendums erhielten. Es trat somit keine Verschiebung der Erbteile ein, die Ausgleichung wirkte nur obligatorisch[6].

Das BGB. hat nun die germanische gesamthänderische Erbengemeinschaft angenommen und damit die geschichtliche Entwicklung im deutschrechtlichen Sinne zu einem gewissen

5) Ed. Rothar c. 199: Lex Visig. IV, 5 c. 3; Sachsenspiegel I Art. 13 § 1; Schwabenspiegel Art. 148; Leist S. 307b, 313y, 306, 4; Sydow S. 94; Siegel S. 197; Foerster-Eccius Bd. 4 S. 594: Meyer § 85 Anm. 2.

6) Heymann S. 471; Leist S. 320; Leonhard § 2055; Kohler, Abhandlungen S. 153; Meyer § 85 Anm. 2.

Abschluß gebracht[7]). Es spricht die Wahrscheinlichkeit dafür, daß das Gesetz auch bezüglich der Ausgleichung, die mit der Erbengemeinschaft im engsten Zusammenhange steht, dem deutschen Recht gefolgt ist und die dingliche Wirkung der Ausgleichung angenommen hat. Ein Beweis läßt sich indessen m. E. damit nicht führen, denn gerade im Erbrecht zeigt sich eine enge Vereinigung germanischer und römischer Rechtsgebilde.

Ebensowenig können die Anhänger der dinglichen Theorie für ihre Ansicht anführen, daß nur sie zu Folgen führe, die der geschichtlichen Entwicklung entsprächen. Schon im gemeinen Recht zeigte sich die Tendenz, die Conferenden bei der Verteilung der Nachlaßfrüchte zu berücksichtigen. Die Zuwendung sollte vom Augenblick des Erbfalls oder des Antritts der Erbschaft zugunsten der Ausgleichungsberechtigten verzinst werden[8]). Die preußische Praxis unternahm einen dahingehenden Versuch in dem Erkenntnis des Oberappellationssenats vom 25. Oktober 1834[9]). Im französischen Recht ist die Verzinsung in Art. 856 c. c.[10]) zu positivem Recht erhoben worden. Die obligatorische Theorie kann dieser Entwicklung nicht gerecht werden. Ihre Versuche, trotzdem das Conferendum bei der Fruchtverteilung zu berücksichtigen, stehen im Widerspruch zu ihrer eigenen Konstruktion und zum Gesetz, wie an anderer Stelle noch nachzuweisen ist. Wenn aus dieser Tendenz überhaupt ein Schluß gezogen werden darf, so ist m. E. nur zu folgern, daß die Ausgleichung Wirkungen auf die Fruchtverteilung ausüben, also im Innenverhältnis dinglich wirken muß. Nichts aber zwingt dazu, auch für das Außenverhältnis, für die Haftung, diese dingliche Wirkung anzunehmen.

Nach germanischem Recht war ferner für die Berechnung des Wertes der Zuwendung der Zeitpunkt der Hingabe maß-

7) Heymann S. 471.

8) Windscheid § 610 Anm. 22; Roth-Becher, Bayer. Zivilrecht, § 405 Nr. 29 und die dort zitierten. a. A.: Leist S. 465—76.

9) Jur. W. 1836 S. 394, 410.

10) Zachariä-Crome, Franz. Zivilr. IV § 642 S. 177 u. Nr. 18 und die dort zitierte Literatur.

gebend; im römischen Recht war die Ausgleichung ein Geschäft unter Lebenden, daher bestimmte sich der Wert des Conferendums nach der Zeit der Vornahme dieses Geschäftes, d. h. nach dem Augenblick der Erbteilung oder Antretung der Erbschaft. Ob nun ein Rechtssystem die deutsche oder römische, die dingliche oder obligatorisch wirkende Ausgleichung angenommen hat, soll sich nach dem entscheidenden Kriterium feststellen lassen[11]), welcher Zeitpunkt für die Wertberechnung des Conferendums zugrunde gelegt ist. Ist der Augenblick der Zuwendung entscheidend, so soll die dingliche Theorie herrschen; wird dagegen der Wert nach dem Zeitpunkt der Auseinandersetzung berechnet, so sei die obligatorische Theorie maßgebend. Nach dem BGB. erfolgt nun die Wertbestimmung nach dem Zeitpunkt der Zuwendung, § 2055 Abs. III; das BGB. habe also die dingliche Ausgleichung angenommen[12]).

Diese Beweisführung geht fehl. Die Berechnung des Wertes nach dem Zeitpunkt der Zuwendung ist keineswegs schlechthin beweisend für die dingliche Theorie und keineswegs unvereinbar mit der obligatorischen Theorie. Denn im E. I galt unbestritten die obligatorische Theorie (s. u.). Trotzdem bestimmte § 2163 letzter Satz, daß die Zeit der Zuwendung für die Wertberechnung maßgebend sei.

Ebensowenig läßt sich ein Beweis führen mit dem Offenbarungseid[13]), § 2057 BGB.: er ist zwar germanischen Ursprungs und dem römischen Recht unbekannt, aber auch hier ist die Verbindung deutscher und römischer Rechtssätze zu berücksichtigen.

Die Anhänger der obligatorischen Theorie[14]) berufen sich vielfach auf die Gestaltung der Ausgleichung im E. I und die weitere Entstehungsgeschichte der gesetzlichen Vorschriften.

11) Leist S. 321.

12) Binder III S. 130; Heymann S. 464 ff.; Leonhard § 2055 IV, B; Kohler-Holtzendorff I S. 428; Mohrenwitz S. 23; Rosenthal S. 32; Wiesner S. 36.

13) Leist S. 321, 455; Mohrenwitz S. 24; Rosenthal S. 33.

14) Kaßler S. 11; Magnus S. 113; Planck-Ritgen § 2050 Nr. 3.

Nach E. I kann die obligatorische Natur der Ausgleichung allerdings keinem Zweifel unterliegen. § 2163 lautet: „Die Ausgleichung wegen des Vorempfangenen ist in der Weise zu gewähren, daß der Verpflichtete jedem Berechtigten soviel zu entrichten hat, als der letztere erhalten würde, wenn ein dem Wert des Vorempfangenen entsprechender Geldbetrag unter die Berechtigten und den Verpflichteten nach dem Verhältnis ihrer gesetzlichen Erbteile zu verteilen wäre".

§ 2164 äußert sich genauer über die rechtliche Natur: „Die Ausgleichungspflicht gilt als eine dem Verpflichteten obliegende Nachlaßverbindlichkeit. Die Forderung des Berechtigten gilt nicht als ein Bestandteil des gesetzlichen Erbteils desselben".

Auch die Motive[15]) lassen deutlich die obligatorische Natur der Ausgleichung erkennen: „Obschon der Ausgleichungsberechtigte das Recht auf die Ausgleichung nur hat, wenn und weil er erbt, so soll dieses Recht nicht als ein Bestandteil des Erbteils angesehen, sondern so beurteilt werden, als sei das Recht ein Teil des sonstigen Vermögens des Erben. Der Grund für diese Vorschrift liegt darin, daß, wenn das Gegenteil aufgestellt würde, die Ausgleichungspflicht auch zum Vorteile der Nachlaßgläubiger wirken müßte. Dies wäre ein unangemessenes Ergebnis. Die Durchführung der abgelehnten Auffassung würde auch zu kaum lösbaren Schwierigkeiten führen. Denn es müßte, wenn das Recht auf Ausgleichung als eine Erweiterung des Erbteils des Berechtigten angesehen werden sollte, eine entsprechende Minderung des Erbteils des Verpflichteten eintreten. Dadurch würde eine dingliche und nach außen wirkende Verschiebung der Bruchteile, zu welchen die Erben den Gläubigern haften, erforderlich. Schon die Berechnung dieser Bruchteile würde überaus schwierig sein. Eine solche Regelung würde ferner in offenen Widerspruch treten mit dem Grundsatz, auf dem § 2163 beruht, daß das Ausgleichungsrecht zwischen den als gesetzlichen Erben berufenen Abkömmlingen nur obligatorisch wirkt. Ein Ausfluß

15) Mugdan V S. 382.

dieses Grundsatzes ist, daß das Ausgleichungsrecht für die Rechtsstellung dritter Personen, welche außerhalb des Kreises der Berechtigten und Verpflichteten stehen, insbesondere der Nachlaßgläubiger, ohne Einfluß sein muß. Dieser Charakter des gegenseitigen Verhältnisses gelangt zum Ausdruck, indem verneint wird, daß der Ausgleichungsanspruch ein Bestandteil des gesetzlichen Erbteils des Berechtigten sei". Nach den Motiven[16]) hat die Ausgleichung hiernach einen ähnlichen Charakter wie ein dem Verpflichteten auferlegtes Vermächtnis. § 2117 N. 5 definiert schließlich die Ausgleichungspflicht als eine Nachlaßverbindlichkeit.

Danach ist die rechtliche Natur der Ausgleichung nach E. I unbestreitbar obligatorisch. Von einer dinglichen Verschiebung der Erbteile kann keine Rede sein. Eine Einwirkung auf die Gläubiger ist entschieden abgelehnt. Die Ausgleichung begründet vielmehr nur selbständige obligatorische Ansprüche der Ausgleichungsbeteiligten untereinander[17]).

Die angeführten Bestimmungen des E. I sind aber nicht wörtlich in das BGB. übergegangen, sondern haben ihre ursprüngliche Fassung völlig verloren. Es bleibt daher zu prüfen, ob die rechtliche Natur der Ausgleichung trotz der erheblichen Veränderung des Wortlauts sich im BGB. erhalten hat.

Zunächst ist zu beachten, daß die Gestaltung der Ausgleichung und der Erbengemeinschaft im E. I von der Kritik die schärfste Mißbilligung erfuhr. Die Stellungnahme der Kritiker zu dem von uns erörterten Problem ist allerdings nicht einheitlich. Bähr[18]) bedauert das eigentümliche Schicksal des Entwurfs, mit so verfehlten Sätzen zu schließen. Die Ausgleichungspflicht als Entschädigungsanspruch gegen den Ausgleichungspflichtigen zu konstruieren, entspringe einer ganz äußerlichen Betrachtungsweise und werde dem Wesen des

16) Motive V S. 709; Mugdan V S. 381.

17) Kaßler S. 9; Meyer § 85 Anm. 34; Magnus S. 113; Planck-Strohal, Vorbem. zu §§ 2050–55 Nr. 3; Rosenthal S. 26; Theißen S. 11; Wesemann S. 48; Wohlfahrt S. 3.

18) Bähr, Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. 3 S. 220/21.

Instituts nicht gerecht. Er sieht das Charakteristische der Ausgleichung in der Modalität der Erbteilung, schweigt aber darüber, ob diese Modalität nur den quantitativen Inhalt berührt, oder aber auch eine Variierung der Erbquote herbeiführt. Gierke[19]) scheint die dingliche Ausgleichung zu verlangen, wenn er die Forderung stellt, die Erbengemeinschaft deutschrechtlich, familienrechtlich zu regeln. Vor allem Jakubetzky[20]) nimmt Stellung zu diesen Fragen: Für den Fall der Annahme einer Gemeinschaft nach Bruchteilen verlangt er, daß „für das Rechtsverhältnis der Miterben untereinander die Anteile derselben an den Nachlaßfrüchten sich nicht nach den Erbteilen, sondern sich nach dem Verhältnis dessen bestimmen, was jeder von ihnen bei der Auseinandersetzung unter Berücksichtigung der im Gemeinschaftsverhältnis sich gründenden Ansprüche zu erhalten hat". Bei Annahme der Erbengemeinschaft zur gesamten Hand hält er das Gleiche anscheinend für selbstverständlich.

Daß diese kritischen Äußerungen der II. Kommission nicht nur vorgelegen haben, sondern für die endgültige Fassung ausschlaggebeud gewesen sind, unterliegt keinem Zweifel. Anstelle der römischrechtlichen Bruchteilsgemeinschaft des E. I ist die Erbengemeinschaft zur gesamten Hand getreten. Die Ausgleichung steht mit der Gestaltung der Erbengemeinschaft in engem Zusammenhang. Die grundsätzliche Änderung der rechtlichen Natur der Erbengemeinschaft hat ihren Einfluß auf die Ausgleichung nicht verfehlt. Dafür bieten die Protokolle[21]) einen sicheren Anhalt. Bei einem Antrag, der gewisse Änderungen bezüglich der Gemeinschaft vorschlug und angenommen wurde, führen sie aus: „Der Antrag bezweckt in Übereinstimmung mit einem Vorschlage des preußischen Justizministers die im Entwurf aufgenommene, von der Auseinandersetzung losgelöste Wertausgleichung durch die sich an die Auseinandersetzung anschließende rechnerische Kollation zu ersetzen, welche sich im Preußischen A.L.R. II, 2 S. 303 findet

19) Gierke, „Entwurf" S. 564/65; Strützki, 20. Juristentag Bd. 1 S. 187.
20) Jakubetzky, „Bemerkungen" S. 339.
21) Prot. V S. 8160; Mugdan V S. 512.

und dem System der Erbengemeinschaft entspricht. Die Kommission erklärt sich mit dieser von verschiedenen Bundesregierungen empfohlenen und in der Kritik mehrfach befürworteten grundsätzlichen Änderung einverstanden".

Man darf nun m. E. nicht argumentieren: Das Gesetz hat im E. I die Ausgleichung als rein obligatorisch, als selbständig geltend zu machende Forderung definiert. Es ist eine grundsätzliche Änderung erfolgt, also muß im BGB. die dingliche Theorie angenommen sein. Vielmehr ist die Möglichkeit gegeben, daß diese Abweichung vom E. I der Ausgleichung nur den Charakter einer Nachlaßverbindlichkeit genommen hat und sich ferner nur auf die Art und Weise und den Zeitpunkt der Geltendmachung der Kollation bezieht, im übrigen aber ihre obligatorische Natur unberührt läßt. Bei der römischrechtlichen Gestaltung der Erbengemeinschaft als einer Bruchteilsgemeinschaft gehen teilbare Rechte und Pflichten anteilig über. Bei einem Nachlaß, der nur in teilbaren Forderungen bestand, fand daher überhaupt keine Auseinandersetzung statt. Deshalb mußte die Ausgleichung von der Auseinandersetzung gelöst und in einzelne Forderungsrechte der Ausgleichungsberechtigten gegen die Ausgleichungspflichtigen ausgestaltet sein. Bei der gesamthänderischen Erbengemeinschaft des BGB. dagegen muß eine Auseinandersetzung stattfinden. Es ist zweckmäßig, die Ausgleichung daran anzuschließen. Es besteht danach die Möglichkeit, daß die Änderung sich lediglich auf die oben erwähnten Punkte beschränkt und die obligatorische Natur der Ausgleichung unberührt läßt[22].

Weiterhin ist zu prüfen, ob sich nicht mit der Gegenüberstellung der einschlägigen Vorschriften ein Beweis führen läßt: Nach § 2163 E. I vollzog sich die Ausgleichung in der Weise, daß der Ausgleichungsverpflichtete dem Berechtigten einen seiner Erbquote entsprechenden Teil des Wertes des Conferendums erstattete. Nach § 2055 BGB. wird die Zuwendung zum Nachlaß hinzugerechnet und von diesem fiktiven

22) Kaßler S. 10; Wesemann S. 51; a. A.: Mohrenwitz S. 25; Theißen S. 17; Wohlfahrt S. 5; Rosenthal S. 29 und Ermert S. 7 halten einen Beweis mit der Entstehungsgeschichte für nicht zulässig.

Nachlaß werden den Miterben Anteile zugeteilt, die ihrer Erbquote entsprechen. Dem Ausgleichungspflichtigen wird dabei sein Conferendum angerechnet. § 2164 E. I charakterisierte ferner die Ausgleichungspflicht als eine dem Verpflichteten obliegende Nachlaßverbindlichkeit. Mit diesen Worten sollte weiter nichts zum Ausdruck gebracht werden, als daß der Vorbegabte für die Ausgleichungsverbindlichkeit nicht über seinen Anteil hinaus haftete, also nichts von seinem Conferendum herauszugeben habe. Danach erhält der Ausgleichungsberechtigte zunächst einen seiner Quote entsprechenden Anteil, muß ihn allerdings evtl. wieder herausgeben. Nach § 2056 BGB. dagegen erhält der Überschwerte nichts aus dem Nachlaß. Schließlich ist § 2117 II Nr. 5 im BGB. verschwunden. § 226 KO., die ihm im wesentlichen entspricht, enthält eine derartige Bestimmung nicht. Alle diese Abweichungen finden hinreichende Erklärung darin, daß die Ausgleichung den Charakter als Nachlaßverbindlichkeit verloren hat, daß Art und Weise und Zeitpunkt der Ausgleichung geändert ist. Nichts dagegen zwingt zu der Annahme, daß auch die obligatorische Natur der Ausgleichung aufgegeben sei.

2. Kapitel.

§. 4. Prüfung des Gesetzestextes.

Die Vertreter der obligatorischen Theorie berufen sich auf den Ausdruck „verpflichtet", der in den §§ 2050/57 verschiedentlich verwandt ist, z. B. § 2050 I, § 2051 I, § 2052[23]). Dieser Ausdruck beweist aber nichts. Verpflichtungen[24]) entstehen nicht nur aus obligatorischen, sondern auch aus absoluten Rechten, z. B. dinglicher, familienrechtlicher oder erbrechtlicher Art. Jedes absolute Recht erzeugt Verpflichtungen, wenn es

---

23) Henius S. 72; Köhler S. 118 Anm. 10; Magnus S. 113; Planck-Ritgen § 2050 Nr. 3; für das Schweizer Zivilgesetzbuch: Wolfer S. 115; vgl. Art. 626, 627, 631, 632.

24) Gazemeier S. 70; Heymann S. 465; Leonhard § 2055 Anm. 4a; Mohrenwitz S. 6; Rosenthal S. 24; Theißen S. 8; Wesemann S. 44; Wiesner S. 39.

verletzt wird. Den Erbschaftsbesitzer z. B., der das Erbrecht des wahren Erben verletzt, trifft die Verpflichtung, die Erbschaft herauszugeben; er hat also den der wahren Rechtslage entsprechenden Zustand herzustellen. Das Gesetz verwendet daher den Ausdruck nicht nur bei obligatorischen, sondern auch bei absoluten Rechten: § 2022 z. B. stellt ausdrücklich eine Verpflichtung des Erbschaftsbesitzers fest, die Erbschaft herauszugeben. Ebenso trifft nach der dinglichen Theorie den Vorbegabten die Verpflichtung, den Zustand herzustellen, der den tatsächlichen Verhältnissen entspricht, die durch die dinglich wirkende Ausgleichung geschaffen sind.

Außerdem erklärt sich der Ausdruck „verpflichtet" aus der Entstehungsgeschichte. Im E. I §§ 2163/64 galt unbestritten die obligatorische Ausgleichung. Ihr entsprach der Ausdruck vollkommen. Die Kommission hat die Vorschriften über die Ausgleichung zwar völlig umgestaltet, sie ist sich aber der Tragweite ihrer Änderungen nicht bewußt gewesen und hatte daher keine Veranlassung, den Ausdruck „Verpflichtung" zu vermeiden. Dieser ist also keineswegs beweisend für die obligatorische Theorie.

Ferner läßt sich kein Beweis führen mit der Bestimmung des § 2050, daß die Ausgleichung „bei der Auseinandersetzung" stattfinden soll. Diese Vorschrift bezieht sich ihrem Wortlaut und ihrer Entstehung nach nur auf die Geltendmachung der Ausgleichung. Damit ist nicht gesagt, daß sie nicht bereits vorher Wirkungen äußern könne. Der Zeitpunkt ihrer Wirksamkeit ist daher nach anderen Gesichtspunkten zu bestimmen. Die Protokolle bestätigen diese Ansicht. Nach ihnen soll diese Vorschrift nur dartun, daß die von der Auseinandersetzung unabhängige Ausgleichung des E. I aufgegeben und an ihre Stelle die mit der Auseinandersetzung verbundene rechnerische Kollation getreten ist[26].

25) Binder, „Rechtstellung" Bd. 3 S. 190; Langheineken S. 35; Wesemann S. 44; Theißen S. 8, 9; vgl. Mohrenwitz S. 6, 7.

26) Anz S. 66; Heymann S. 465; Mohrenwitz S. 22 Anm. 2; Planck-Strohal, Vorbem. zu §§ 2050/57 Anm. 3; Rosenthal S. 25; Theißen S. 9; Wiesner S. 39.

Ebensowenig läßt sich die obligatorische Theorie mit der Bestimmung des § 2050 beweisen, daß die Abkömmlinge nur „untereinander" auszugleichen haben. Denn damit ist nicht gesagt, daß sich die Wirkung der Ausgleichung auf die Erben oder die Ausgleichungsgemeinschaft beschränkt, darüber hinaus aber im Verhältnis zu Dritten ohne Bedeutung ist; vielmehr sollte damit nur zum Ausdruck kommen, daß an der Ausgleichung nur die erbenden Abkömmlinge teilnehmen, nicht auch andere Personen (z. B. der Ehegatte des Erblassers), die neben den Abkömmlingen zur Erbfolge gelangen. Diese Bedeutung ergibt sich vor allem aus der Entstehungsgeschichte des § 2055 Abs. 1 Satz 2: „Der Wert der auszugleichenden Zuwendungen wird dem Nachlaß hinzugerechnet, soweit er den an der Ausgleichung beteiligten Miterben zugute kommt". Diese Bestimmung wurde nur zur Verdeutlichung des „untereinander" von der Reichstagskommission hinzugefügt[27]).

Für die obligatorische Theorie ist ferner der Wortlaut des § 2056 angeführt worden. Danach wird auch der Überschwerte noch als Miterbe bezeichnet. Nach der konsequent durchgeführten dinglichen Theorie scheidet der Überschwerte aus der Erbengemeinschaft aus und verliert seine Eigenschaft als Erbe. Der Wortlaut des § 2056, der ihn als Miterben bezeichnet, sei demnach mit der dinglichen Theorie unvereinbar. Diese Ausführungen sind abwegig; denn das BGB. bezeichnet mit dem Ausdruck „Erben" oder „Miterben" nicht nur den endgültig zur Erbschaft gelangten Erben, sondern auch die Personen, die Erben geworden wären, wenn sie nicht durch Ausschlagung oder aus einem anderen Grunde weggefallen wären, vgl. §§ 1935, 2094. In demselben Sinne ist der Ausdruck hier verwandt: ohne Berücksichtigung der Ausgleichung würde der Überschwerte Erbe sein. Deshalb wird er als Miterbe bezeichnet. Der Wortlaut des § 2056 ist also ohne Bedenken auch mit der dinglichen Theorie vereinbar[28]).

27) Fischer-Henle, zu § 2055 Anm. 2; Rosenthal S. 24; Theißen S. 9; Wesemann S. 44; Wolfer S. 115 f. d. schweiz. Zivilgesetzbuch: Die gesetzlichen Erben sind gegenseitig verpflichtet.

28) Mohrenwitz S. 41.

Schiffner[29]) beruft sich zum Beweise der obligatorischen Theorie auf § 2047. Nach ihm sind die Miterben an dem Reinnachlaß im Verhältnis ihrer Erbteile berechtigt. Sie haben kraft Erbrechts diesen Anspruch: „Kraft Erbrechts aber können sie bei der Teilung nur solche Beträge des effektiven Nachlasses beanspuchen, die genau im Verhältnis zu ihren regelmäßigen gesetzlichen Erbquoten stehen". Der Vorteil, das Plus, das durch die Ausgleichung entsteht, kann also nicht auf Grund des Erbrechts eintreten, die Erbteile als solche erfahren somit bei der Ausgleichung keine Vermehrung oder Verminderung. Mit Recht wendet Binder[30]) gegen diese Beweisführung ein, daß sie auf einem „offenbaren Zirkelschluß" beruhe. Schiffner will beweisen, daß die Ausgleichung keine Veränderung der Erbteile bewirke, führt aber seinen Beweis mit der Behauptung, daß auf Grund des Erbrechts nur Beträge beansprucht werden können, die der gesetzlichen Quote entsprechen. Er legt mit anderen Worten seiner Beweisführung die zu beweisende Behauptung als bereits bewiesen unter.

Die obligatorische Theorie führt ferner die Gegenüberstellung der beiden Begiffe „Erbteil" und „Anteil" im § 2058 für sich an[31]). Der Begriff „Erbteil" sei im § 1922 definiert als der Anteil des Miterben an dem Vermögen des Erblassers zur Zeit seines Todes. Mit Erbteil werde somit immer ein Bruchteil, eine Quote bezeichnet. Demgegenüber stehe der Anteil, der eine Summe darstelle. Beide seien im § 2059 einander als etwas Verschiedenes gegenübergestellt. Folglich könne sich der Erbteil nicht nach der bei der Auseinandersetzung sich ergebenden Summe bestimmen. Dieser Beweis ist nicht haltbar. M. E. können sich beide Begriffe auf denselben Gegenstand beziehen, nur rücken sie zwei verschiedene Seiten eben dieses Gegenstandes besonders in den Vordergrund. Der Begriff „Erbteil" hebt das Quotenmäßige, Bruchteilsmäßige hervor, der Begriff „Anteil" mehr den Inhalt; beide beziehen sich in-

29) Schiffner § 28 S. 113; Kaßler S. 20; Wolfer S. 114.

30) Binder, „Rechtsstellung" III S. 190.

31) Ermert S. 25/26; Hankwitz S. 33/43; Kaßler S. 13, 17, 18; Planck-Strohal, Vorbem. zu § 2058 Nr. 7b.

dessen auf denselben Wert. § 2059 Abs. 1 Satz 1 gibt das Recht, die Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten zu verweigern, erklärt aber den Erben für haftbar mit der Summe, die ihm aus dem Nachlaß zusteht; hier ist der Ausdruck „Anteil" durchaus am Platze. § 2059 I Satz 2 bezieht sich auf dieselbe Summe, rückt aber ihr Verhältnis zum Gesamtnachlaß, also das Bruchteilsmäßige, in den Vordergrund. Nur dieser Quote entsprechend haftet der Erbe, der sein Beschränkungsrecht verloren hat, unbeschränkbar. Die beiden Begriffe „Anteil" und „Erbteil" stehen sich somit nicht als etwas grundsätzlich Verschiedenes gegenüber, sondern sind voneinander abhängig: die Anteile, die Summen, können untereinander und zum ganzen Nachlaß in keinem anderen Verhältnis stehen, als die Erbteile, die Bruchteile, angeben. Die Anteile zweier Miterben können nicht je 5000 Mark betragen, wenn die Bruchteile auf $^2/_3$ und $^1/_3$ lauten, also nicht im Verhältnis von 1 : 1, sondern 2 : 1 zu einander stehen.

Hankwitz[32]) beruft sich zum Beweise der obligatorischen Theorie auf den Wortlaut des § 2316 Abs. 2. § 2316 Abs. 1 ordnet die Berücksichtigung der Ausgleichung bei der Berechnung des Pflichtteils an. Ist nun der Berechtigte auf einen Erbteil eingesetzt, der geringer ist als der durch die Kollation sich ergebende Pflichtteil, so kann der Pflichtteilsberechtigte die Differenz zwischen dem infolge der Ausgleichung sich ergebenden Pflichtteil und den ihm vermachten Erbteil als Pflichtteilsanspruch geltend machen, und zwar auch dann, wenn der hinterlassene Erbteil die Hälfte des „gesetzlichen Erbteils" übersteigt. Bei einem Nachlaß von z. B. 12000 M., zwei Abkömmlingen A und B, von denen A 8000 M. auszugleichen hat und B auf 4000 M. als Erbe eingesetzt ist, beträgt der Pflichtteil $\frac{12000 + 8000}{2} : 2 = 5000$. B ist auf 4000 eingesetzt, er kann also noch weitere 1000 als Pflichtteilsanspruch geltend machen. Versteht man dagegen unter gesetzlichem Erbteil im Sinne dieser Vorschrift den durch die Ausgleichung beeinflußten Erbteil, also 10000 M., so besteht keine Möglich-

32) Hankwitz S. 33, 42, 43.

keit, daß der Pflichtteilsanspruch = 5000 die Hälfte des gesetzlichen Erbteils = 5000 übersteigt; denn diese beiden Werte sind immer einander gleich. Bei dieser Auslegung wäre Abs. 2 überflüssig und unverständlich. Es ist vielmehr unter Erbteil hier der regelmäßige gesetzliche Erbteil zu verstehen; seine Hälfte beträgt $\frac{12000}{2}$: 2 = 3000. Nur in dieser Auslegung ergibt § 2316 Abs. 2 einen Sinn. Hankwitz folgert nun weiter: Der Begriff Erbteil ist im § 1922 für das ganze Gesetz einheitlich als der Anteil des Miterben am elterlichen Vermögen definiert. Wonach sich dieser Anteil bestimmt, insbesondere, ob er durch die Ausgleichung berührt wird, ist hier noch sonst im Gesetz direkt gesagt. Er ergibt sich indessen einwandfrei aus § 2316 Abs. 2 als die regelmäßige gesetzliche Quote; folglich kann die Ausgleichung den Erbteil nicht verändern. Die Beweisführung scheitert m. E. daran, daß sich die Gesetzgeber der Tragweite ihrer Änderungen an E. I nicht bewußt waren, und daher nicht überall den Wortlaut des Gesetzes in Einklang gebracht haben mit der dinglichen Ausgleichung und ihren Konsequenzen[33]).

Hankwitz beruft sich ferner für seine Auffassung des Erbteils als regelmäßiger gesetzlicher Quote auf die Entstehungsgeschichte des § 2055: Die II. Kommission hatte dem heutigen 2. Satz des Abs. 1 folgende Fassung gegeben: „Bei Berechnung der Erbteile" wird der Wert sämtlicher Zuwendungen, die zur Ausgleichung zu bringen sind, dem Bestande des Nachlasses hinzugerechnet"[34]). Hier ist der Begriff Erbteil unzweifelhaft im Sinne von Anteil aufzufassen. Bereits in E. II § 1928 fehlen die Worte „bei Berechnung der Erbteile". Hankwitz hält es für nicht zu weitgehend, daraus zu schließen, daß die Redaktionskommission die Bezeichnung des tatsächlichen Empfangs aus dem Nachlaß mit Erbteil vermeiden wollte. M. E. hat ihr diese Absicht ferngelegen. Die Änderung beruht einfach darauf, daß man eine solche Bestimmung in einem Paragraphen, der nur den Vollzug der Ausgleichung

33) Binder, „Rechtstellung" III S. 190.
34) Prot. V S. 8159.

und damit die Berechnung der Erbteile oder Anteile regelt, als überflüssig empfand. Ein sicherer Beweis ist damit nicht zu führen.

Ermert[35]) führt für die obligatorische Theorie an, daß nur sie dem § 2059 Abs. 1 gerecht werde. Bis zu der Teilung kann nach dieser Vorschrift der in Anspruch genommene Miterbe die Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten „aus dem Vermögen, das er außer seinem Anteil am Nachlaß hat, verweigern". Wie der Wortlaut klar ergibt, handelt es sich hier um eine Einrede. Sie muß also nicht vom Richter ex officio berücksichtigt werden, sondern nur auf Geltendmachung durch den Beklagten. Nach der dinglichen Theorie scheidet der Überschwerte aus der Erbengemeinschaft aus, ist also überhaupt nicht mehr Erbe und der Richter muß diese Tatsache ex officio berücksichtigen. Das Recht aus § 2059 hätte also den Charakter einer Einrede verloren. Dies soll dem Wortlaut des § 2059 Abs. 1 Satz 1 widersprechen. Dem ist zu entgegnen, daß auch nach der dinglichen Theorie das Recht aus § 2059 seinen Charakter als Einrede behält, wenn die Vorschrift überhaupt anwendbar ist. Auch nach der dinglichen Theorie muß der zwar vorbegabte, aber nicht überschwerte Erbe sein Beschränkungsrecht im Wege der Einrede geltend machen. Ist er dagegen überschwert, so finden diese Vorschriften überhaupt keine Anwendung. § 2059 bezieht sich auf die Miterben, die nach § 2058 als Gesamtschuldner haften. Der Überschwerte dagegen scheidet nach der konsequenten dinglichen Theorie aus der Erbengemeinschaft in aktiver wie passiver Hinsicht aus. Er haftet in keiner Weise für die Nachlaßverbindlichkeiten; also kann auch von der Anwendung des § 2059 keine Rede sein.

Die obligatorische Theorie beruft sich schließlich auf § 2372[36]). Diese Vorschrift bestimmt, daß Vorteile, die sich infolge einer Ausgleichungspflicht ergeben, im Falle eines Erbschaftskaufs als mitverkauft gelten. Bei der dinglichen Theorie tritt gleich mit dem Erbfall eine Veränderung des

35) Ermert S. 40.
36) Wesemann S. 46.

Erbteils ein, der Miterbe kann nur diesen verkaufen und zwar nur in dem Umfang, wie er sich infolge der Ausgleichung ergeben hat. Bei dieser Auffassung ergäbe sich die befremdende Erscheinung, daß der Gesetzgeber etwas ganz Selbstverständliches noch einmal hervorhebt. Dem ist zu entgegnen, daß dies auch an anderer Stelle geschehen ist, cf. § 517 BGB. Dieser bestimmt, daß das Ausschlagen einer Erbschaft nicht als Schenkung anzusehen sei. Andererseits gilt eine ausgeschlagene Erbschaft als nicht erworben, der Ausschlagende ist nie Erbe gewesen, kann also auch keine Schenkung mit diesem Nachlaß machen. Die im § 517 enthaltene Bestimmung ergibt sich also bereits aus der rechtlichen Natur der Ausschlagung, die Vorschrift ist daher überflüssig. Ferner fand sich die Bestimmung des § 2372 bereits in E. I § 490. Bei der Auffassung des E. I von dem Ausgleichungsanspruch als einem persönlichen, nicht auf dem Erbrecht beruhenden Anspruch war sie erforderlich. Sie ist dann von der II. Kommission im § 2372 übernommen worden, offenbar, weil man sich der Tragweite der Änderungen nicht bewußt war.

Die Anhänger der dinglichen Theorie[37]) berufen sich ihrerseits ebenfalls auf den Gesetzestext und zwar auf den Wortlaut des § 2056. Wäre die Ausgleichung obligatorischer Natur, so müßte sie wie in E. I in der Weise vollzogen werden, daß dem Überschwerten sein voller Erbteil ausgehändigt, er aber verpflichtet wird, ihn zum Zwecke der Ausgleichung wieder herauszugeben. § 2056 bestimmt nun: „Der Nachlaß wird in der Weise geteilt, daß der Wert der Zuwendung und der Erbteil des Miterben außer Ansatz bleibt". Der Überschwerte erhält somit nichts aus dem Nachlaß, er wird einfach als Nichterbe behandelt. Mit dieser Gestaltung sei die obligatorische Theorie unvereinbar. Wesemann[38]) folgert aus dieser Bestimmung nur eine dingliche Wirkung bezüglich der Erbberechtigung. M. E. ist dieser Beweis nicht zwingend, da man ohne Verstoß gegen das Gesetz darin nur

37) Mohrenwitz S. 22.

38) Wesemann S. 45.

eine Regelung des tatsächlichen Vorganges erblicken kann, die aber die rechtliche Natur des Vorganges nicht berührt.

Der Wortlaut ist demnach mit allen Theorien vereinbar, er läßt sich weder für noch gegen eine von ihnen verwenden.

3. Kapitel.

§ 5. Prüfung des systematischen Zusammenhangs.

Zur Rechtfertigung der obligatorischen Theorie wird vielfach die Stellung im System angeführt[39]). Die Überschriften der einzelnen Abschnitte und Titel sind nicht nur zur besseren Übersicht und Gliederung des Stoffes gegeben, sondern sind auch bei der Interpretation unklarer Gesetzesstellen zu berücksichtigen. Die Ausgleichung hat ihre Regelung gefunden in dem Abschnitt: „Rechtsverhältnis der Erben untereinander". Die hier geregelten Institute sollen grundsätzlich nur Bedeutung für das Innenverhältnis haben; das Außenverhältnis beeinflussen sie nur insoweit, als in ihnen auf den nächsten Abschnitt: „Rechtsverhältnis zwischen den Erben und den Nachlaßgläubigern" verwiesen oder hier auf das Innenverhältnis Bezug genommen ist. Dies ist bezüglich der Ausgleichung an keiner Stelle geschehen, obwohl sie nach der dinglichen Theorie für die Haftung von größter Bedeutung ist. Daraus folge, daß die Ausgleichung obligatorisch wirkt. Dieser Beweisführung gegenüber behauptet Heymann[40]), „die Zerreißung des Gemeinschaftsverhältnisses in eine äußere und innere Seite sei lediglich ein mechanisches Hilfsmittel", im übrigen beeinflußten die Innenbeziehungen auch das Außenverhältnis, allerdings mit Modifikationen. Das Innenverhältnis sei durch die Ausgleichung berührt, also müsse auch das Außenverhältnis bei der Erbengemeinschaft beeinflußt sein, die Ausgleichung also dinglich wirken. Heymann selbst muß die

39) Beyer S. 97; Henius S. 72; Kaßler S. 22; Köhler S. 118 Anm. 11; Planck-Ritgen, Vorbem. zu §§ 2050/57 Nr. 3.

40) Heymann S. 465.

Möglichkeit von Modifikationen seines Grundsatzes anerkennen. So kann z. B. bei einer O. H. verabredet sein, daß ein Mitglied vom Verlust nicht betroffen wird; dennoch haftet es nach außen für die Gemeinschaftsverbindlichkeiten. Daraus also, daß die Ausgleichung im Innenverhältnis irgendwelche Veränderungen hervorruft, kann nicht ohne weiteres auf einen Einfluß auch auf das Verhältnis zu Dritten geschlossen werden. Mit Recht aber wird gegen obige Beweisführung geltend gemacht, daß die Überschrift über dem betreffenden Abschnitt ungenau und zu eng ist[41]). Dieser Titel regelt neben dem Innenverhältnis z. B. auch das Verfügungsrecht der Miterben, § 2040; er enthält weiter die Bestimmung, daß jeder Miterbe Leistung an die Erbengemeinschaft verlangen kann, § 2039. Es sind somit in ihm auch Vorschriften enthalten, die für das Außenverhältnis von Bedeutung sind. Lediglich solche Vorschriften, deren Wirkung sich ausschließlich nach außen hin bemerkbar macht, sind in einem besonderen Abschnitt vereinigt. Für diese Auffassung spricht vor allem die Entstehungsgeschichte. Der entsprechende Abschnitt des E. I „Die Auseinandersetzung der Miterben" regelte ursprünglich das gesamte Miterbenverhältnis. Infolge des Übergangs des BGB. zur deutschrechtlichen Erbengemeinderschaft erwiesen sich besondere Haftungsvorschriften als erforderlich; sie wurden in einer neuen Unterabteilung „Rechtsverhältnis zwischen Erben und Nachlaßgläubigern" zusammengefaßt. Somit enthält der zweite Abschnitt Bestimmungen, die sich nur auf das Außenverhältnis, auf die Haftung, beziehen; der erste dagegen enthält die gesamten sonstigen Vorschriften des Miterbenrechts, also Bestimmungen, die entweder nur im Innenverhältnis wirken oder sowohl im Innen- wie im Außenverhältnis[42]). Nach der dinglichen Theorie äußert die Ausgleichung ihre Wirkungen nach beiden Richtungen. Danach ist die Stellung der Vorschriften sehr gut auch mit der dinglichen Theorie vereinbar.

41) Batzemeier S. 70; Heymann S. 465; Leonhard § 2055 IVa; Mohrenwitz S. 5; Rosenthal S. 25; Wesemann S. 43; Wiesner S. 39, 40.

42) Leonhard § 2032 I.

Die dingliche Theorie läßt ferner den Überschwerten völlig aus der Erbengemeinschaft ausscheiden und ihn seine Erbeneigenschaft verlieren. Er steht danach in keiner Beziehung zum Nachlaß mehr und ist einem Miterben gleichzuachten, der den Nachlaß ausgeschlagen hat. Die Erbschaft geht aber kraft Gesetzes nach § 1922 mit dem Erbfall auf den Erben oder die Erbengemeinschaft über. Nur die Ausschlagung oder ihr gleichgestellte Tatbestände können diese Wirkung beseitigen. Das Gesetz kennt nur fünf ausdrücklich hervorgehobene Fälle, in denen dieses Ergebnis stattfindet, nämlich, wenn der Erbe vorweg verstorben, für erbunwürdig erklärt oder enterbt ist, wenn er einen Erbverzichtsvertrag geschlossen oder ausgeschlagen hat. Diesen Fällen darf aber die Ausgleichung nicht gleichgestellt werden[43]); denn hinsichtlich der Haftung, der Fruchtverteilung und des Stimmrechts ergeben sich zwar die gleichen Resultate, wie sie sich auch in den oben angeführten Fällen zeigen; hinsichtlich der Nachlaßverteilung dagegen sollen sich nach Binder[44]) ganz andere Resultate ergeben. Bei der Prüfung dieser Behauptung Binders sei folgendes Beispiel zugrunde gelegt: ein Erblasser hat einen Nachlaß von 30 000 Mark, einen Sohn A und zwei Enkel X und Y des verstorbenen Sohnes B hinterlassen. X hat 10000 M. auszugleichen. Schlägt er die Erbschaft aus, so gilt der Anfall als nicht an ihn erfolgt. Die Erbschaft fällt demjenigen an, der berufen sein würde, wenn der Ausschlagende zur Zeit des Erbfalles nicht gelebt hätte, § 1953 BGB. Bei dieser Sachlage sollen A und X je zur Hälfte Erben werden, also je 15000 M. erhalten[44]). Anders gestalten sich die Verhältnisse, wenn X nicht ausschlägt. Sein nomineller Erbteil beträgt $\frac{30000 + 10000}{4} = 10000$. Er erhält also bei Anrechnung des Conferendums nichts mehr aus dem Nachlaß. Der Wert der Zuwendung und der Erbteil des Überschwerten bleiben außer Ansatz, § 2056 BGB. Wie heute ganz allgemein

43) Ermert S. 20; Kaßler S. 34.

44) Wohlfahrt S. 8; Binder, Rechtstellung III S. 174/75, 192, 193 Anm. 303.

anerkannt ist[45]), wird in diesen Fällen der Nachlaß im Verhältnis 2:1 zwischen Onkel und Neffe geteilt, A erhält also 20000, Y 10000 M. Bezüglich der Verteilung des Nachlasses führte also die Ausschlagung zu anderen Ergebnissen als die Ausgleichung. Die Ausführungen Binders[46]) sind indessen unhaltbar. Ihm ist infolge der Außerachtlassung des § 1935 eine Unrichtigkeit unterlaufen. Auch im Falle der Ausschlagung seitens des X wird der Nachlaß im Verhältnis von 2:1 verteilt. Der § 1935 bestimmt, daß der Teil, um welchen sich der Erbteil infolge des Wegfalls eines anderen gesetzlichen Erben erhöht . . . . . in Ansehung der Ausgleichungspflicht als besonderer Erbteil gilt. Der nominelle Erbteil des X beträgt 10000 M. Er gilt trotz der Ausschlagung als besonderer Erbteil. Da X überschwert ist, findet trotz der Ausschlagung auf seinen Erbteil § 2055 Anwendung; sein reeller Erbteil beträgt also Null. Diesen erwirbt Y infolge der Ausschlagung, § 1935. Er erhält also tatsächlich aus dem Nachlaß 10000, sein Onkel 20000 M. Das Ergebnis ist also genau das gleiche, wie im Falle der bloßen Ausgleichung ohne Ausschlagung[47]). Nur diese Entscheidung steht mit dem Grundsatz der Stammeserbfolge der §§ 1923 ff. in Einklang, nach dem jeder Stamm gleichviel aus dem Nachlaß erhalten soll. Der Sohn A hat einen Anspruch auf die Hälfte des Nachlasses, und zwar bei der Ausgleichung auf die Hälfte des rechnerischen Nachlasses. Wollte man sich der Ansicht Binders anschließen, so könnte der überschwerte Miterbe dieses Recht erheblich kürzen, indem er den für ihn völlig wertlosen Erbteil ausschlägt. Der Sohn A würde also durch eine Zuwendung des Erblassers zurückgesetzt, ohne daß der Ausgleich durch die Kollation er-

45) Dernburg § 182 II; Endemann § 139 III c, 2; Enneccerus-Lehmann § 300 Nr. 5; Binder, „Rechtstellung" III S. 173; Crome § 685 Anm. 78; Hellmann, Krit. Vierteljahrsschr. 39 S. 231; Staudinger-Herzfeld §§ 2055/56 Anm. III c, 2; Küntzel in Gruch. 41 S. 616; Kretzschmar § 86 IV, 3; Leonhard § 2056 II; Meyer § 85, 3 a; Planck-Strohal § 2056 Anm. 2; Schiffner S. 112; Strohal § 15 I.

46) Mohrenwitz S. 40.

47) Küntzel in Gruchot 41 S. 453; Meyer § 85 Nr. 3 a S. 598; Wilke-Reatz § 2056 Anm. 2.

reicht werden könnte. Y erhielte ohne Ausschlagung des X 100000 M., im Falle der Ausschlagung 15 000 M.; er erhielte also von dem Erbteile des X 5000 M.; für diese trifft ihn keine Ausgleichungspflicht; in der Hand des X selber müßten sie dagegen mit den 10000 M., die auf seinen Erbteil entfielen, für den Ausgleichungsanspruch verwandt werden. Aus obigem ergibt sich, daß im Falle der Ausschlagung wie im Falle der Ausgleichung ohne Ausschlagung auch hinsichtlich der Nachlaßverteilung sich dieselben Resultate ergeben. Der Einwand ist also ebenfalls nicht stichhaltig.

Wesemann[48]) führt gegen die dingliche Theorie an, daß nach ihr keine Möglichkeit gegeben ist, auf die Ausgleichung zu verzichten. Durch die Ausgleichung tritt mit dem Erbfall eine dingliche Verschiebung der Erbteile ein. Der des Ausgleichungsberechtigten ist größer als der regelmäßige gesetzliche, der des Verpflichteten geringer. Was der Ausgleichungsberechtigte infolge der Ausgleichung mehr erhält, ist nicht etwa als besonderer Erbteil anzusehen, der infolge eines anderen Berufungsgrundes angefallen ist, sondern er hat nach der dinglichen Theorie den Charakter eines Teils des Erbteils des Ausgleichungsberechtigten. Es findet demnach § 1950 Anwendung: „Die Annahme oder Ausschlagung kann nicht auf einen Teil der Erbschaft beschränkt werden. Die Annahme oder Ausschlagung eines Teils ist unwirksam". Verzichtet also der Ausgleichungsberechtigte auf sein Ausgleichungsverlangen, so läge darin die Ausschlagung eines willkürlichen Teiles der Erbschaft. Die Ausschlagung wäre also nichtig. M. E. ist in diesem „Verzicht" kein teilweises Ausschlagen der Erbschaft[49]) zu sehen, sondern ein Schenkungsvertrag. Die nach § 518 erforderliche gerichtliche und notarielle Beurkundung ist entweder gewahrt, wenn ein gerichtlich oder notariell beurkundeter Auseinandersetzungsvertrag abgeschlossen ist oder der Mangel der Form wird nach § 518 Abs. 2 durch tatsächlichen Vollzug der Ausgleichung geheilt. Daß die Anwendung

48) Wesemann S. 59.

49) Köppen S. 256 wendet die Grundsätze über Annahme und Ausschlagung mehrerer Erbteile an.

der Schenkungsvorschriften zu irgendwelchen Ungerechtigkeiten führen sollte, ist m. E. nicht zutreffend, vielmehr erscheint die Anwendung der Schenkungsvorschriften, z. B. des § 528 — Rückforderungsrecht des verarmten Schenkers — billig und gerecht.

Gegen die dingliche Theorie wird ferner die Schwierigkeit der Berechnungsweise angeführt[50]). Bei einem Nachlaß von z. B. 86000 M., drei Erben A, B und C, von denen A 40000 Mark auszugleichen hat, ergibt sich als reeller Anteil für A $\frac{86000 + 40000}{3} - 40000 = 42000 - 40000 = 2000 \doteq {}^{1}/_{43}$ des reellen Nachlaßwertes. Für B und C beträgt der reelle Erbteil 42000 M. = $^{21}/_{43}$ des Nachlasses. Die Schwierigkeiten steigern sich, je wahlloser die Zahlen angenommen werden, d. h. je mehr sie dem praktischen Leben entsprechen. Bei einem Nachlaß von z. B. 76500 M. und einem Conferendum von 32500 M. ergibt sich ein fiktiver Nachlaß von 109000 M. Der reelle Anteil beträgt für A 3833,30 M., für B und C je 36333,30 M., die Erbquoten betragen also für A 38333,30 : 76500, für B und C 36333,30 : 76500. Schwierigkeiten ergeben sich also nach der dinglichen Theorie. Übertrieben dürfte es aber sein, diesen Bruchteilen die praktische Verwertbarkeit abzusprechen. Ferner ergeben sich derartige Zahlen in demselben Maße bei fast allen Gemeinschaftsformen, insbesondere bei der O. H. und der Konkursgläubigergemeinschaft. Vor allem dürfen diese rechnerischen, bloß äußerlichen Schwierigkeiten nicht zu der Annahme einer Theorie führen, die zu unzweckmäßigen, höchst ungerechten, wirtschaftlich gefährlichen Folgen führt[51]), wie sie sich nach der obligatorischen Theorie ergeben[52]).

Wesemann und Kaßler[53]) führen endlich für die obligatorische Theorie das völlige Fehlen besonderer Haftungsvorschriften infolge der Ausgleichung an. In keinem Augen-

50) Ermert S. 24; Magnus S. 114; Motive V S. 710; Kaßler S. 36; Wesemann S. 53; für das schweizer Zivilgesetzbuch Wolfer S. 115.

51) Wiesner S. 44.

52) Vgl. Kapitel IV §§ 6 u. 7 der Dissertation.

53) Wesemann S. 67; Kaßler S. 23.

blick der Auseinandersetzung ist die Kollation berücksichtigt. Es müssen demnach die regelmäßigen gesetzlichen Erbquoten maßgebend sein. Es bedarf aber bei der dinglichen Theorie ebensowenig besonderer Haftungsvorschriften wie bei der obligatorischen. Die tatsächliche Berechnung der Erbteile und damit auch der Anteile an der Haftung mag unter Umständen mit Schwierigkeiten verknüpft sein, theoretisch dagegen gestaltet sich die Sachlage ebenso einfach wie bei der obligatorischen Theorie; man konnte auch hier also ohne Bedenken von besonderen Haftungsvorschriften absehen.

Weder die Geschichte noch der Wortlaut der gesetzlichen Bestimmungen noch der systematische Zusammenhang ergeben somit einen Beweis. Nach ihnen ist die obligatorische, die dingliche und die vermittelnde Ansicht möglich. Es können demnach nur sachliche Erwägungen entscheidend sein[54]).

4. Kapitel.

§ 6. Prüfung der Zweckmäßigkeit.

A. Das Verhältnis der Ausgleichungsbeteiligten untereinander.

Die praktischen Folgen der verschiedenen Theorien über die Ausgleichung zeigen sich im Innenverhältnis bei der Fruchtverteilung, beim Stimmrecht und bei der Teilnahme der Miterben an der Wertsteigerung des Nachlasses nach dem Erbfall.

1. Die obligatorische Theorie führt hinsichtlich der Fruchtverteilung zu Ergebnissen, die mit dem Grundgedanken der Ausgleichung — möglichste Gleichstellung aller Abkömmlinge — nicht in Einklang stehen. Dies zeigt sich vor allem bei längerer Dauer der Erbengemeinschaft. Es sei folgendes Beispiel zugrunde gelegt: Zwei Söhne, A und B, von denen A 20000 Mark auszugleichen hat, haben eine Erbschaft in Höhe von 40 000 M. erworben. Sie besteht in einer dreißig Jahre lang unkündbaren Forderung und ist zu 4% zu verzinsen. Die

54) Strohal Bd. II S. 364.

vorherige Auseinandersetzung ist ausgeschlossen; die Fruchtverteilung findet demnach am Ende jedes Jahres statt, § 2038 BGB., nicht erst bei der Auseinandersetzung. Der Vorempfang des A verzinst sich ebenfalls zu 4%. Bei der Auseinandersetzung erhält A $\frac{40000 + 20000}{2} - 20000 = 10000$, B. erhält 30000. Hinsichtlich des Kapitals ist bei Berücksichtigung des Conferendums die Gleichheit gewahrt, A und B haben beide aus ihrem elterlichen Vermögen 30000 M. empfangen. Das Kapital braucht daher bei den folgenden Berechnungen nicht in Betracht gezogen zu werden. Die obligatorische Theorie führt zu folgendem Ergebnis: A erhält im Verlaufe der 30 Jahre ohne Berücksichtigung der Zinseszinsen

1) die Hälfte der Zinsen des Nachlasses $\frac{40000 \cdot 30 \cdot 4}{2 \cdot 100}$ . . . . = 24000
2) die Zinsen des Conferendums . . . . . . = 24000
insgesamt = 48000

B erhält die Hälfte der Zinsen des Nachlasses = 24000

Der Empfang des B aus dem elterlichen Vermögen beträgt also nur halb soviel wie der des A.

Nach der dinglichen Theorie[55]) ergibt sich folgendes: A erhält aus dem Nachlaß bei der Auseinandersetzung 10000 M., also ein Viertel; er ist also zu 1/4 an der Erbschaft berechtigt und empfängt mithin

1) 1/4 der Zinsen des Nachlasses . . . . . . = 12000
2) die Zinsen seines Conferendums . . . . . = 24000
insgesamt = 36000

B erhält 3/4 des Nachlasses, also auch 3/4 der Nachlaßfrüchte . . . . = 36000.

Die Gleichheit ist also gewahrt. Die Anhänger der obligatorischen Theorie übergehen die oben bezeichnete Konsequenz ihrer Ansicht teilweise völlig[56]), zum Teil erklären sie sie für

55) Anz S. 66; Heymann S. 459 ff.; Köhne-Feist (1912) § 165 F II Anm. 8; Leonhard zu § 2055; Mohrenwitz S. 18 ff.; Rosenthal S. 22; Strohal Bd. 2 § 64 Anm. 11 i S. 93; Wiesner S. 44.

56) Henius S. 74; Köhler S. 119.

gerecht und billig, einige versuchen, diesem Ergebnis zu entgehen.

Zu seiner Rechtfertigung wird darauf verwiesen, daß die dingliche Theorie zu einer starken Einschränkung der Erbenqualität führt, die vom Gesetz nicht beabsichtigt sei[57]). Ein Beweis für diese Behauptung wird nicht erbracht. Man beruft sich ferner[57]) auf die Kosten der Verwaltung und die Teilnahme an der Haftung; ihnen müsse ein entsprechendes Aequivalent in Gestalt der Nutzungen gegenüberstehen. Ist die Berechtigung an dem Nachlaß den Erbquanten entsprechend bestimmt, die Haftung dagegen nach den Erbquoten, so seien die Vorteile der Ausschlagung infolge des Wegfalls der Erbenhaftung erheblich größer, als die der Annahme der Erbschaft. In den weitaus meisten Fällen würde daher der Erbteil ausgeschlagen werden. Bestimmt sich dagegen die Berechtigung nach den Quoten, so würden die Vorteile bei der Fruchtverteilung den Erben vielfach zum Behalten der Erbschaft veranlassen. Dieser Beweis ist deshalb abzulehnen, weil die Erbenhaftung ebenfalls von der dinglich wirkenden Ausgleichung beeinflußt wird; die Erbenhaftung und die Fruchtverteilung stehen also in einem entsprechenden Verhältnis: einer erhöhten Haftung steht ein größerer Anteil an den Nachlaßfrüchten gegenüber.

Mit Recht wird dagegen auf die Unbilligkeit des Ergebnisses der obligatorischen Theorie hingewiesen. In dem oben angeführten Beispiel erhält der Ausgleichungspflichtige bei Berücksichtigung der Zinsen seines Conferendums doppelt soviel aus dem elterlichen Vermögen, wie der Ausgleichungsberechtigte; bei sofortiger Auseinandersetzung dagegen würden beide Brüder einen gleichgroßen Vermögensvorteil erhalten haben. Daß der Ausgleichungspflichtige in dieser Weise bevorzugt wird, entspricht weder dem Grundgedanken der Zwangserbengemeinschaft noch dem der Ausgleichung. Die Anordnung einer langdauernden Erbengemeinschaft bezweckt nur eine zeitweise Konservierung des Nachlasses, nicht dagegen ist eine materielle Veränderung der Anteile am Nachlaß beab-

57) Kaßler S. 37/38.

sichtigt. Dies aber geschieht, wie oben nachgewiesen, nach der obligatorischen Theorie. Der Zwangserbengemeinschaft würde dadurch eine Wirkung beigelegt, die ihr keineswegs zukommt. Andererseits würde gegen den Grundgedanken der Ausgleichung verstoßen, denn die möglichste Gleichstellung der Miterben würde auf diese Weise völlig illusorisch gemacht. Für die Berücksichtigung des Conferendums bei der Fruchtverteilung spricht ferner die Entstehungsgeschichte. In der Kritik[58]), in den Protokollen[59]) und in der Denkschrift[60]) ist auf die Unbilligkeit der Fruchtverteilung nach den Erbquoten aufmerksam gemacht und die Forderung aufgestellt worden, die Verteilung nach den Erbquanten vorzunehmen. Außerdem sagt die Kommission[61]) selber, „es könne den Miterben nicht zugemutet werden, auf den Ertrag ihres Anteils bei der Auseinandersetzung zu verzichten, sodaß sie vielleicht während ihrer ganzen Lebenszeit von der Erbschaft nichts für sich verwenden können". Mit Recht erklärt daher Heymann[62]), eine solche Anordnung der Fruchtverteilung durch eben diese Kommission für unbegreiflich, die den oben angeführten Befürchtungen nicht Rechnung trägt und die Fruchtverteilung nach den Erbquoten regelt, sodaß die jährlichen Auszahlungen im Widerspruch zu der Summe stehen, die dem Ausgleichungsberechtigten bei sofortiger Auseinandersetzung zufallen würden. Die Conferenden sind demnach bei der Fruchtverteilung in Betracht zu ziehen.

Man hat ihre Berücksichtigung durch eine Verzinsung des Conferendums herbeiführen wollen[63]). Die Zinsen des Vorempfangs sollen im Verhältnis der Erbquoten an die Miterben verteilt werden. Jeder Miterbe erhält also einen seiner Quote entsprechenden Anteil von den Nachlaßfrüchten

---

58) Jakobetzky S. 339.

59) Protokolle V S. 861.

60) Denkschr. S. 279.

61) Kommission, vgl. Heymann S. 468.

62) Heymann S. 468/70.

63) Köppen § 41 Nr. 5 u. 6; Nothbecher, Bayer. Zivilrecht § 405 Nr. 29 u. die dort Zitierten; Seuff, prakt. Pandektenlehrb. Bd. 3 § 589; Windscheidt § 610 Anm. 22; a. A.: Leist S. 465, 476; Pfizer § 258.

und den Zinsen des Conferendums. Es ergibt sich unter Zugrundelegung des obigen Beispiels folgendes:

A erhält:

1) die Hälfte der Zinsen des Nachlasses	= 24000 M.
2) die Hälfte der Zinsen des Conferendums	= 12000 M.
	= 36000 M.

B erhält:

1) die Hälfte der Zinsen des Nachlasses	= 24000 M.
2) die Hälfte der Zinsen des Conferendums	= 12000 M.
	= 36000 M.

In dieser Modifikation führt die obligatorische Theorie zu dem gleichen Ergebnis wie die dingliche Theorie; nur wenn der Zinsfuß des Nachlasses und der des Conferendums differieren, ergeben sich unbillige Abweichungen von den Resultaten der dinglichen Theorie.

Die geschichtliche Entwicklung spricht allerdings für eine Verzinsung (vgl. oben § 3).

Diese Ansicht läßt sich indessen für das heutige Recht nicht aufrecht erhalten. Das Conferendum ist ein bei Lebzeiten hingegebener Vermögensvorteil, der zu dem Nachlaß in keiner Beziehung mehr steht und ein rechtlich völlig gesondertes Schicksal erleidet. Es fehlt somit an jeder Grundlage, die Zuwendung bei dem Erbfall wieder zugunsten der Ausgleichungsberechtigten zu verzinsen. Nach unserem Gesetz können gesetzliche Zinsen nur in den ausdrücklich angeführten Fällen erhoben werden. Eine solche Bestimmung fehlt für die Ausgleichung, und schließlich werden die Zinsen erhoben für eine Schuld, die noch nicht fällig ist, denn die Ausgleichungspflicht ist erst bei der Auseinandersetzung zu erfüllen, also erst in diesem Augenblick fällig[64].

Staudinger[65] erklärt nun die Fruchtverteilung für eine teilweise Auseinandersetzung und berücksichtigt daher die Ausgleichung auch bei der Fruchtverteilung. Sein Ergebnis ist das gleiche wie das der dinglichen Theorie. Seine Ansicht trifft zu für das in Raten zahlbare Kapital; hier findet bei

---

64) Mohrenwitz S. 21; Rosenthal S. 42.

65) Staudinger § 2055 III B.

Verteilung der Raten tatsächlich eine teilweise Auseinandersetzung statt; bei der Fruchtverteilung hingegen kann davon keine Rede sein. Die Auffassung steht mit dem Wesen und Zweck der Auseinandersetzung in Widerspruch. Diese ist Auflösung des Gesamtverhältnisses und Überführung des Gesamteigentums in Allein- bezw. Bruchteilseigentum. Alle Handlungen, die eine völlige oder teilweise Aufhebung des Gesamthandverhältnisses bezwecken, fallen unter den Begriff „Auseinandersetzung". Die Fruchtverteilung dagegen hat diesen Zweck nicht. Es ist ferner zu beachten, daß sie gerade in Gegensatz gesetzt ist zu der Auseinandersetzung; denn im § 2038 Abs. 2 wird bestimmt, daß bei Ausschluß der Auseinandersetzung auf länger als ein Jahr der Reinertrag am Ende jeden Jahres verteilt werden soll[66]. Die Fruchtverteilung ist mithin keine teilweise Auseinandersetzung und damit die von Staudinger vertretene Ansicht hinfällig.

Neuere Schriftsteller[67] lassen zunächst die Verteilung im Verhältnis der Erbquoten vor sich gehen. Stellt sich indessen bei der Auseinandersetzung heraus, daß der Ausgleichungspflichtige bereits mehr erhalten hat, als ihm nach dem Ergebnis der Auseinandersetzung zukommt, so gewähre sie dem Ausgleichungsberechtigten einen Erstattungsanspruch. Ist das Ergebnis der Auseinandersetzung schon vor ihrer tatsächlichen Vornahme sicher oder mit großer Wahrscheinlichkeit vorauszusehen, so können auch bereits vor der Auseinandersetzung im Wege der einstweiligen Verfügung Sicherheitsmaßnahmen getroffen werden, z. B. Einschränkung des Fruchtbeziehungsrechts. Diese Ansicht ist irrig. Das zeigt sich zunächst darin, daß die ausgleichungsberechtigten Miterben kein sofortiges Bezugsrecht auf den ihnen tatsächlich zukommenden Fruchtanteil haben, sondern sich mit einem Rückerstattungsanspruch begnügen müssen. Die Anhänger der obligatorischen Theorie müssen selber anerkennen, daß diese Regelung wegen

66) Theißen S. 23.

67) Endemann § 139 II S. 1057; Kreß S. 40 Anm. 27; Planck-Strohal § 2055 Anm. 3; Prot. V S. 861; RG. 81 S. 243; R. G. R. Komm. § 2055 Ziff. 4.

der Unsicherheit des Regreßanspruchs bei weitem weniger zweckmäßig ist, als die dingliche Theorie. Sie führt zu den schwersten Unbilligkeiten, wenn die Auseinandersetzung auf längere Zeit, z. B. 30 Jahre ausgeschlossen ist. Der ausgleichungsberechtigte Miterbe, der neben 9 völlig überschwerten Miterben zur Erbschaft gelangt, würde z. B. von den 4000 Mark betragenden Zinsen nur 400 Mark erhalten und im übrigen mit der Aussicht auf einen in 30 Jahren fälligen und unsicheren Erstattungsanspruch vertröstet werden. Eine einstweilige Verfügung, die aber immer eine im Einzelfall zu prüfende Gefährdung des Erstattungsanspruchs voraussetzt, würde auch nur zu Sicherheitsmaßnahmen führen, also im vorliegenden Falle zur Pfändung, nicht zur Verwertung, § 930 ZPO. Dem Ausgleichungsberechtigten wäre damit nicht geholfen. Diese Ansicht würde also den wirtschaftlichen Zweck der Ausgleichung für die Dauer der Erbengemeinschaft suspendieren. Ferner spricht gegen diese Ansicht, daß dieser Erstattungsanspruch im Gesetz nicht die mindeste Begründung findet. Über seine Begründung schweigen sich die Vertreter dieser Ansicht meist aus. Kreß[68]) begründet seinen Anspruch mit den Vorschriften der ungerechtfertigten Bereicherung. Wenn eine condictio in Frage kommt, so kann es nur die condictio ob causam finitam sein. Die Verteilungen haben vor der Auseinandersetzung ihren rechtlichen Grund in der Erbberechtigung, die sich nach den Erbteilen bestimmt. Diese Berechtigung muß später durch die Auseinandersetzung mit rückwirkender Kraft aufgehoben werden. Eine Begründung für diesen Wegfall mit rückwirkender Kraft ist im Gesetz nicht gegeben. Nach der obligatorischen Theorie besteht die den Erbquoten entsprechende Berechtigung bis zur Auseinandersetzung. An ihre Stelle tritt eine solche, deren Berechnung von den tatsächlichen reellen Anteilen abhängig ist. Daß damit die alte Berechtigung mit rückwirkender Kraft aufgehoben sei, ist zwar ein für die obligatorische Theorie wünschenswertes Ereignis, läßt sich aber nicht begründen.

68) Kreß S. 40 Anm. 27 u. § 21.

Das Ergebnis der obligatorischen Theorie steht also hinsichtlich der Fruchtverteilung im Widerspruch zu dem Grundgedanken der Ausgleichung und der Zwangserbengemeinschaft.

2. Zu ähnlich unbilligen Ergebnissen wie bei der Fruchtverteilung führt die obligatorische Theorie bei der Regelung des Stimmrechts der ausgleichungsbeteiligten Miterben, z. B. bei Verfügungen über Nachlaßgegenstände, die nach § 2040 Stimmeneinheit erfordern. Auch die Zustimmung des Überschwerten, der in keiner Weise mehr am Nachlaß interessiert ist, wäre erforderlich[69]).

M. E. ist es ein völlig unannehmbares Ergebnis, daß der überschwerte Miterbe, der nichts mehr aus dem Nachlaß zu erhalten hat, das Recht und die Pflicht hat, an der Verwaltung des Nachlasses teilzunehmen. Richtig ist allerdings, daß der Überschwerte gegen die Vorschriften von Treu und Glauben verstoßen würde, wenn er seine Zustimmung in den Fällen verweigert, wo die Nachlaßverbindlichkeiten gemäß § 2046 erfüllt sind und ihn keine Haftung mehr treffen kann[70]). Unbillig aber bleibt das Ergebnis insofern, als der völlig abgefundene Erbe, der in keiner Weise mehr am Nachlaß interessiert ist, immer noch mit derartigen Beschlüssen, Verfügungen und ähnlichen Verwaltungshandlungen behelligt wird[71]).

Binder[72]), der unter Aufgabe seiner früheren Ansichten sich ganz der obligatorischen Theorie angeschlossen hat, führt neuerdings gegen die dingliche Theorie an, daß sie sich in ihren Folgerungen als ungerecht erweise: „Wenn von zwei Miterben der eine unter Berücksichtigung der Ausgleichungspflicht des anderen die ganze Erbschaft, der andere nichts erhält, so müßte eine Erbengemeinschaft unter ihnen garnicht

69) Crome § 685 Nr. 18, § 741 Nr. 59, 60; anders aber § 740 Nr. 125 u. 173; Enneccerus-Kipp § 88 Anm. 20; Köhler S. 119; Kreß S. 40; Magnus S. 115; Staudinger, Vorbem. zu § 2050 II.

70) Köhne-Feist § 165 IV 2 c.

71) Ebbecke, Leipz. Ztschr. 1920 S. 949; Engländer, Rechtsgemeinschaft S. 255 Anm. 479; Leonhard § 2055 IV C 2 c; Meyer § 85; Strohal § 64 6 a Anm. 10; Theißen S. 24; Wesemann S. 65.

72) Binder, Enzyklopädie S. 55.

bestanden haben und müßten daher alle Verwaltungshandlungen, die der Ausgleichungspflichtige in bezug auf den Nachlaß vorgenommen hatte, die eines Nichtberechtigten und als solche unwirksam sein". Dieses Ergebnis hält Binder für unannehmbar, m. E. zu unrecht.

Nach der richtigen Ansicht ist für die Berechnung des Wertes des Nachlasses die Zeit des Erbfalls zugrunde zu legen. Es kann also bereits zur Zeit des Erbfalls festgestellt werden, ob ein Abkömmling überschwert und damit aus der Erbengemeinschaft ausgeschieden ist oder nicht. Ist er ausgeschieden, dann hat er weder die Pflicht noch das Recht, irgendwelche Verwaltungshandlungen vorzunehmen; er steht dem Nachlaß wie ein unbeteiligter Dritter gegenüber. Daß somit seine Verwaltungshandlungen nichtig sind, ist ein völlig billiges Ergebnis. Ist der Überschwerte doch noch im Erbschein als Erbe angegeben, so verhindert überdies der im § 2366 geregelte Schutz des guten Glaubens unbillige Entscheidungen, wenn es sich um einen Erwerb vom Erbscheinbesitzer handelt. Der Einwand Binders ist also nicht stichhaltig.

3. Legt man für das Innenverhältnis die obligatorische Theorie zugrunde, so nimmt auch der Überschwerte an einer Wertsteigerung des Nachlasses nach dem Erbfall teil. A und B haben z. B. eine Erbschaft erworben, die zur Zeit des Erbfalls einen Wert von 100000 M. darstellte. Die Auseinandersetzung war 5 Jahre ausgeschlossen, inzwischen ist der Wert auf 200000 M. gestiegen. A hatte 100000 Mark auszugleichen. Fand die Auseinandersetzung z. Zt. des Erbfalls statt, so erhielt B den ganzen Nachlaß, A erhielt O. Nach 5 Jahren dagegen erhält B $\frac{200000 + 100000}{2} = 150000$, A $150000 - 100000 = 50000$. A nimmt also an der Wertsteigerung teil, obwohl er z. Zt. des Erbfalls keinen Anteil hatte.

M. E. widerspricht dieses Ergebnis dem Grundgedanken der Kollation[73]). Ihr Zweck ist, durch Ausgleichung der Vorempfänge möglichste Gleichstellung aller Miterben z. Zt. des Erbfalls herbeizuführen. Maßgebend für die Gleichstellung

---

73) Mohrenwitz S. 35.

ist also der Erbfall. Nach der obligatorischen Theorie jedoch erlangt der Überschwerte einen ungerechtfertigten Vorteil. An der Wertsteigerung nach dem Erbfall nimmt er unbeschränkt teil. Sinkt dagegen in der Zwischenzeit der Nachlaßwert, so behält er unter allen Umständen seinen Vorempfang. Sein Anteil am Verlust beschränkt sich also auf den reellen Erbteil. Der völlig unbegrenzten Gewinnmöglichkeit steht also ein nur beschränktes Risiko gegenüber. Bis zum Erbfall läßt sich dieses Ergebnis nicht vermeiden weder nach der obligatorischen noch nach der dinglichen Theorie. Nach dem Erbfall führt die obligatorische Theorie ebenfalls zu diesem Ergebnis. Gibt die dingliche Theorie die Möglichkeit, anders zu entscheiden, so ist sie aus diesem Grunde vorzuziehen.

Um dies zu prüfen, ist zunächst der Zeitpunkt festzulegen, nach dem die Berechnung des Nachlaßwertes zu erfolgen hat. Es kommt in Frage der Zeitpunkt des Erbfalls, der Zeitpunkt der Auseinandersetzung oder der jeweilige Wert, z. B. für die Fruchtverteilung am Ende des zweiten Jahres der zu dieser Zeit sich ergebende Nachlaßwert, für die endgültige Verteilung des Nachlasses der Zeitpunkt der Auseinandersetzung.

Binder erklärt den Zeitpunkt der Auseinandersetzung für maßgebend. Für seine Ansicht spricht die Leichtigkeit, mit der der maßgebende Wert berechnet werden kann. Er beruft sich ferner auf den Wortlaut des § 2050; danach soll die Ausgleichung erst bei der Auseinandersetzung erfolgen, daher sei für die Berechnung der Anteile auf Grund der Ausgleichung auch der Zeitpunkt der Auseinandersetzung und nicht des Erbfalls maßgebend[74]). Wie aber bereits im § 4 nachgewiesen ist, hat diese Bestimmung nur die Bedeutung, festzustellen, daß anstelle der von der Auseinandersetzung getrennt geltend zu machenden Ausgleichung die mit ihr verbundene Ausgleichung getreten ist. Ein Beweis läßt sich daher mit dieser Bestimmung nicht führen.

Strohal führt für diese Ansicht die Teilnahme des Überschwerten an dieser Wertsteigerung an[75]). Wie abwegig dies

74) Binder, Arch. f. bürgerl. Recht 34 S. 239.
75) Strohal Bd. 2 S. 131.

ist, ist bereits oben gesagt. Wesemann[76]) hat mit Recht darauf verwiesen, daß die Vernichtung von Nachlaßgegenständen, Kursverlust usw. auf tatsächlichen Umständen beruhe, als solche dürfen sie keinen Einfluß auf das Bestehen oder Nichtbestehen der Erbengemeinschaft und auf die Höhe der Erbteile ausüben.

Nach Binder[77]) ist der Erbteil in pedenti: Stellt sich bei der Auseinandersetzung heraus, daß der Vorbegabte etwas aus dem Nachlaß erhält, so ist er immer Erbe gewesen. Erhält er nichts, so ist er niemals Erbe gewesen. Dies sind zwei unhaltbare Folgerungen seiner Ansicht. Er macht die Erbeneigenschaft abhängig von einem Anteil am Nachlaß. Das zeigt sich in der Art, wie er die Erbteile nach den Anteilen berechnet. Er bedauert ferner[78]), daß das BGB. und die Erbschaftslehre, aus der es hervorgegangen ist, keinen Unterschied macht zwischen Erbesein und Erbschaft. Konsequent erklärt er deshalb das Erbrecht des Überschwerten für nicht völlig gegenstandslos[79]), da der Vorempfang im Hinblick auf das Erbrecht gegeben sei. Dem ist zu entgegnen, daß jeder Erbteil einen Erbfall voraussetzt und daß der Erbe im Hinblick auf den Vorempfang kein Erbe ist. Somit ist der Überschwerte zunächst in keiner Weise am Nachlaß beteiligt. Er hat keinen Anteil an der Erbschaft und muß doch von Binder als Erbe betrachtet werden. Das ist eine Inkonsequenz.

Der Miterbe, der ursprünglich einen Anteil am Nachlaß gehabt hat, diesen aber später infolge einer Wertveränderung des Nachlasses verliert, ist nach Binder niemals Erbe gewesen. Es gibt demnach einen Nichterben mit einem Anteil am Nachlaßvermögen, eine unhaltbare Folgerung[80]).

Gegen diese Ansicht spricht vor allem die Unmöglichkeit, die Erbteile vor der Auseinandersetzung zu berechnen[81]); denn

76) Wesemann S. 56.

77) Binder, „Rechtstellung" Bd. 3 S. 195.

78) Binder, Arch. f. bürgerl. Recht 34 S. 238.

79) Binder III S. 194; Kretzschmar S. 451 Anm. 36; dagegen: Strohal Bd. 2 S. 131/32 Anm. 8b.

80) Mohrenwitz S. 37.

81) Planck, Vorbem. zu § 2058 Anm. 7b; Ermert S. 36 Anm. 84; Mohrenwitz S. 35.

diese sind vorher nicht nur unbestimmt, sondern auch unbestimmbar: Der Wert des Nachlasses richtet sich nach dieser Ansicht nach dem Zeitpunkt der Auseinandersetzung; er kann also vor deren Vornahme nicht berechnet werden; aus dem Quotienten dieser unbekannten, vorher nicht bestimmbaren Größe und dem Wert der Zuwendung bestimmt sich der Erbteil; dieser ist folglich ebenfalls unbestimmbar. Wäre dies richtig, so könnte eine vorherige Fruchtverteilung, z. B. am Ende jeden Jahres nicht stattfinden; denn die Quoten, nach denen die Verteilung vor sich gehen soll, sind ja nach dieser Ansicht unbestimmbar. Dieses Ergebnis steht aber im Widerspruch zu § 2038: „Jeder Miterbe kann am Schlusse jeden Jahres die Teilung des Reinertrages verlangen".

Ferner wird der jeweilige Wert des Nachlasses für maßgebend erklärt. Danach gibt es also keinen bestimmten, für alle Fälle maßgebenden Wert des Nachlasses und damit auch keinen einheitlichen Erbteil, sondern er ist für jeden interessierenden Zeitpunkt besonders zu berechnen. Der Erbteil des Miterben ist also unbestimmt, aber nicht unbestimmbar. Diese Ansicht führt zur Annahme variabler Quoten bei der Erbengemeinschaft. Der Erbteil bestimmt sich nach einer konstanten Größe, der Zuwendung, und einer wechselnden, dem jeweiligen Wert des Nachlasses. Der Erbteil variiert also ebenfalls. Diese Tatsache läßt sich indessen nicht als Gegenbeweis gegen diese Ansicht verwenden. Die Abneigung gegen die Annahme solcher variabler Quoten erklärt sich nur durch eine stark römischrechtliche Einstellung[82]). Diesem Rechtssystem war nur die primitivste Gestaltung der Erbengemeinschaft bekannt, die feste Gemeinschaftsquote. Eine Quote, die durch eine konstante und eine bewegliche Größe gebildet und dauernd variiert wird, war ihm unbekannt. Mit Recht weist Heymann demgegenüber auf die O. H. und die Konkursgläubigergemeinschaft hin. Schon Laband[83]) sieht die Eigentümlichkeit des Anteils bei diesen Gesellschafts-

82) Heymann S. 472.

83) Laband, i. Goldschmidts Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 31 S. 44; Gierke, „Deutsches Privatrecht".

formen darin, daß er nicht in einer bestimmten zahlenmäßigen Quote besteht, sondern in einer Summe. Der Bruchteil ist, wenn auch unbestimmt, so doch bestimmbar. Ist seine Feststellung erforderlich, so kann er aus dem Verhältnis der Gesamtsumme zu dem Wert des Anteils jederzeit berechnet werden. Für die Konkursgläubigergemeinschaft wird dasselbe von Kohler angenommen[84].

Eine weitere Frage aber ist, ob bei der Erbengemeinschaft solche variablen Quoten zweckmäßig sind. Mit Recht erklärt Ermert es für nicht zulässig, von ihrem Vorhandensein bei der O. H. auf ähnliche Verhältnisse bei der Erbengemeinschaft zu schließen. Die verschiedene Gestaltung der Haftung widerspricht dem. Bei der O. H. besteht unbeschränkbare solidarische Haftung; die Gläubiger sind somit an dem Innenverhältnis in keiner Weise interessiert, es kann somit unübersichtlich sein, wie bei den variablen Quoten. Anders steht es bei der Erbengemeinschaft; hier ist die Haftung bald beschränkt oder unbeschränkt, bald gesamtschuldnerisch oder anteilig. Das Rechtsverhältnis der Miterben untereinander ist demnach von größter Bedeutung für die Gläubiger. Es sind daher klare übersichtliche Verhältnisse erforderlich. Für die Erbengemeinschaft sind folglich die variablen Quoten wenig zweckmäßig[85].

Es ist ferner gegen diese Ansicht die Schwierigkeit der Berechnung angeführt worden. Bei steigendem oder fallendem Nachlaßwert variieren die Quoten von Tag zu Tag, von Augenblick zu Augenblick. Die Früchte werden zwar am Ende jeden Jahres verteilt, für ihren Verteilungsmodus ist die Berechnung also nicht so übermäßig schwierig. Aber auch für das Stimmrecht und die Verfügungen wäre der jeweilige Erbteil maßgebend. Seine Berechnung wäre mit erheblichen Schwierigkeiten verknüpft[86].

84) Kohler, „Konkursrecht" S. 371.

85) Ermert S. 25; a. A.: Heymann S. 475. Für das französische Recht wird die variable Quote auch für die Erbengemeinschaft angenommen, vgl. Heymann S. 474 u. die dort zitierte Literatur.

86) anders Heymann S. 480.

Ferner nimmt der Überschwerte auch nach dieser Ansicht an der Wertsteigerung des Nachlasses teil. Dieses Ergebnis widerspricht, wie oben nachgewiesen, dem Grundgedanken der Ausgleichung.

Mohrenwitz[87]), der diese Ansicht vertritt, verwickelt sich selbst in Widersprüche. Auf S. 35 erklärt er es als mit dem Gesetz unvereinbar, daß der Überschwerte an der Wertsteigerung teilnimmt. Bei einem Vermögen von 20000 M., 2 Erben A und B, von denen A 20000 M. auszugleichen hat, soll B den gesamten Nachlaß erhalten, ohne Rücksicht auf eine nach dem Erbfall eintretende Wertsteigerung. Auf S. 37 erklärt er den jeweiligen Zeitpunkt für maßgebend, für die Auseinandersetzung also den derzeitigen Wert, er muß also den Überschwerten doch entgegen dem von ihm anerkannten Grundsatz an der Wertsteigerung teilnehmen lassen. Seine Ansicht ist unhaltbar.

Es bleibt die Möglichkeit, den Zeitpunkt des Erbfalls zugrunde zu legen[88]). Theißen[89]) freilich lehnt dies mit der Begründung ab, daß es zu unüberwindlichen Schwierigkeiten führen müsse, bei der Auseinandersetzung den Wert des Nachlasses zur Zeit des Erbfalls zu bestimmem, aber zu Unrecht. Diese Berechnung mag allerdings unter Umständen mit gewissen Schwierigkeiten verknüpft sein, diese sind aber keineswegs unüberwindlich, zumal der Wert des Nachlasses doch wohl regelmäßig spätestens am Ende des ersten Jahres wegen der Fruchtverteilung festgelegt werden wird.

M. E. spricht für diese Ansicht der oben ausführlich dargelegte Grundgedanke der Ausgleichung. Bei einem Nachlaß von 100000 M., 2 Erben A und B, von denen A 50000 auszugleichen hat, erhält

$$A \quad \frac{100000 + 50000}{2} - 50000 = 25000$$

$$B \quad \frac{100000 + 50000}{2} = 75000$$

87) Mohrenwitz S. 35/37.

88) Binder, „Rechtstellung' Bd. 3 S. 187; Böhne-Feist (1917) Bd. 1 S. 603.

89) Theißen S. 26/28.

Ihre Anteile betragen also $^1/_4$ bezw. $^3/_4$ der Erbschaft. Bei einer Wertsteigerung auf 200000 M. und unter Zugrundelegung der abgelehnten Theorien erhält

$$A \quad \frac{200000 + 50000}{2} - 50000 = 75000$$

$$B \quad \frac{200000 + 50000}{2} \qquad = 125000$$

An der Wertsteigerung haben sie mit je 50000 M. teilgenommen, also je zur Hälfte.

Bei einer Wertsteigerung auf 400000 M. erhält

$$A \quad \frac{400000 + 50000}{2} - 50000 = 175000$$

$$B \quad \frac{400000 + 50000}{2} \qquad = 225000$$

Sie haben also mit je 150000 M., also wiederum je zur Hälfte an der Wertsteigerung teilgenommen.

Nach der hier vertretenen Theorie sind A und B zu $^1/_4$ bezw. $^3/_4$ am Nachlasse beteiligt.

A erhält also bei	200000 M.	Nachlaßwert	50000 M.
	„ 400000 „	„	100000 „
B empfängt	„ 200000 „	„	150000 „
	„ 400000 „	„	300000 „

Nur dieses Ergebnis wird m. E. dem Gesichtspunkt gerecht, daß die Miterben sich in einer Gemeinschaft befinden und sich deshalb ihr Anteil am Gewinn und Verlust nach ihren reellen Anteilen bestimmt. Vgl. HGB. §§ 155, 166[90]). Nicht erst mit der Auseinandersetzung, sondern bereits mit dem Erbfall werden die Abkömmlinge Erben, bereits zu diesem Zeitpunkt erhalten sie Anteile am Nachlaß. Diesen Anteilen entspechend müssen sie an Gewinn und Verlust teilnehmen. Bei einer Wertsteigerung auf 200000 M. beträgt der Zuwachs 100000 M.; diese müssen im Verhältnis der reellen Anteile, also von $^1/_4$ und $^3/_4$, auf A und B verteilt werden. A erhält davon $^1/_4 \cdot 100000 = 25000$ Mark, er empfängt insgesamt

90) Engländer S. 255 Anm. 479; anders Nagler, Sächs. Arch. Bd. 10 S. 723 Anm. 77.

25000 + 25000 = 50000 M.; B erhält von der Wertsteigerung $^{3}/_{4} \cdot 100000 = 75000$ Mark, insgesamt also 75000 + 75000 = 150000 M. Bei 400000 Nachlaßwert, bei einem Zuwachs also von 300000 Mark erhält A von dem Wertzuwachs $^{1}/_{4} \cdot 300000$ M. = 75000 M.; insgesamt also 25000 + 75000 = 100000 Mark. B empfängt $^{3}/_{4}$ des Wertzuwachses, also $^{3}/_{4} \cdot 100000 = 225000$ Mark, insgesamt also 75000 + 225000 = 300000 M. Es ergeben sich somit die gleichen Zahlen wie nach der dinglichen Theorie, wenn für die Berechnung des Nachlaßwertes der Zeitpunkt des Erbfalls zugrunde gelegt wird. Nur diese Ansicht kann also dem oben entwickelten Grundgedanken gerecht werden; nur sie ermöglicht es, den Überschwerten von der Teilnahme an der Wertsteigerung des Nachlasses nach dem Erbfall auszuschließen und andererseits die Teilnahme des Vorbegabten zweckgemäß, d. h. seinem reellen Anteil entsprechend, zu gestalten. Die obligatorische Theorie dagegen führt hinsichtlich der Teilnahme des Überschwerten und des Vorbegabten an der Wertsteigerung zu Ergebnissen, die mit der Billigkeit und dem Grundgedanken der Ausgleichung in Widerspruch stehen.

Nur die dingliche Theorie führt also hinsichtlich des Rechtsverhältnisses der Miterben untereinander zu billigen Ergebnissen.

§ 7. B. Die Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten.

Die Haftung des Miterben für die Nachlaßverbindlichkeiten ist grundsätzlich unbeschränkt, aber beschränkbar, ferner gesamtschuldnerisch, nur in Ausnahmefällen anteilig. Die Haftung kann also sein

1. beschränkt und anteilig,
2. unbeschränkt und anteilig,
3. beschränkt und gesamtschuldnerisch,
4. unbeschränkt und gesamtschuldnerisch.

Es ist demnach der Einfluß zu prüfen, den die Ausgleichung ausübt

1. hinsichtlich des Anteils, wofür gehaftet wird,
2. auf die Summe, mit der gehaftet wird.

1. Die anteilige Haftung.

Nach der obligatorischen Theorie übt die Ausgleichung keine Wirkung auf die anteilige Haftung aus. Der Schuldanteil bestimmt sich nach den Erbteilen. Die Ansicht führt zu dem Ergebnis, daß die Nachlaßgläubiger bei anteiliger beschränkter Haftung trotz eines solventen Nachlasses mit einem Teil ihrer Forderung ausfallen. Sind z. B. bei einem Nachlaß von 100000 M. zwei Erben A und B vorhanden, von denen A 100000 M. auszugleichen hat, so erhält A nichts von der Erbschaftsmasse, B den gesamten Nachlaß. Inventarerrichtung, Gläubigeraufgebot und Teilung sind erfolgt, der Nachlaßkonkurs wird eröffnet. Trotz der Teilung führt er zu einer Beschränkung der Haftung[91]). Oder aber der Eröffnungsantrag wird wegen Unzulänglichkeit der Masse abgelehnt. Auch hier tritt trotz der Teilung eine Beschränkung der Haftung ein. Nun meldet sich ein Gläubiger mit einer Forderung von 80000 M. B schützt seine beschränkte, nach § 2060 anteilige Haftung vor und berichtigt die Hälfte der Schuld = 40000 M. A beruft sich ebenfalls auf seine beschränkte Haftung. Da er aus dem Nachlaß nichts erhalten hat, ist er zu keiner Leistung verpflichtet. Der Gläubiger fällt also trotz des ausreichenden Nachlasses mit 40000 M. aus.

Die Anhänger der Obligationstheorie übergehen dieses Ergebnis teilweise stillschweigend, zum Teil erklären sie es für gerecht[92]), nur wenige versuchen, das auch ihnen unbillig erscheinende Ergebnis zu vermeiden.

Zur Rechtfertigung des teilweisen Ausfalls des Gläubigers wird vielfach das im BGB. allgemein geltende Schuldprinzip angeführt[93]). Die anteilige Haftung tritt nach § 2060 nur bei Fristversäumung ein. Diese hat der Gläubiger selbst verschuldet. Schuldhaft handelt aber nach § 276 BGB. nur, wer vorsätzlich oder fahrlässig handelt, d. h. die im Verkehr erforderliche

91) OLG. 2 S. 507; Planck § 2060 Nr. 5; Staudinger-Herzfeld §§ 2060/61 Nr. 1; a. A. Hachenburg, „Vorträge" S. 703.

92) Kaßler S. 32; Köhler S. 120 Anm. 13; RGR.Komm. § 2060 Nr. 1; Wesemann S. 63.

93) Kaßler S. 33; Köhler S. 120 Anm. 13; RGR.Komm. § 2060 Nr. 1.

Sorgfalt außer acht läßt. Einem Gläubiger kann nun ein Gläubigeraufgebot sehr leicht entgehen, ohne daß er auch nur im geringsten eine Sorgfaltspflicht verletzt, also schuldhaft handelt[94]). Ferner ist dieser Beweisführung zu entgegnen, daß der Ausfall des Gläubigers nicht die Folge des Aufgebotsverfahrens ist und seiner Säumigkeit, sondern auf die obligatorische Wirkung der Ausgleichung zurückzuführen ist. Ohne Kollation würde in dem oben angeführten Falle der Gläubiger von den beiden Miterben je 40000 M. und damit volle Befriedigung trotz des Gläubigeraufgebots erhalten haben. Nicht das Aufgebot ist also der Grund des Ausfalls, sondern die Ausgleichung; von dieser aber kann nicht gesagt sein, daß sie schuldhaft herbeigeführt sei, folglich können auch ihre Wirkungen nicht verschuldet sein. Aus demselben Grunde ist auch die von Kaßler[95]) versuchte Rechtfertigung abwegig, daß es sich nicht um Wirkungen der Ausgleichung handele, sondern um solche des Aufgebotsverfahrens, die allerdings durch das Hinzutreten der Ausgleichung besonders fühlbar werden. Er versucht dies damit zu beweisen, daß diese verschärften Wirkungen des Aufgebotsverfahrens auch in anderen Fällen als bei der Ausgleichung eintreten können, z. B. wenn Nachlaßgegenstände verschenkt oder zerstört sind. Auch in diesem Falle erleidet der Gläubiger zwar einen Ausfall. Dieser ist aber nicht in erster Linie auf das Aufgebotsverfahren zurückzuführen, sondern hat seinen Grund in den tatsächlichen Verhältnissen, daß eben die Gegenstände nicht mehr im Nachlaß vorhanden sind. Dieselbe Wirkung tritt auch ohne Aufgebot bei Gesamtverhaftung der Miterben ein, wenn der Wert des Nachlasses durch Vernichtung von Nachlaßgegenständen unter den der Forderung herabgemindert wird. Bei der Ausgleichung dagegen ist die Erbschaft noch unvermindert vorhanden. Die einzelnen Bestandteile werden nur durch die interne Verschiebung unter den Miterben dem Zugriff der Gläubiger entzogen. Nicht das Aufgebotsverfahren, sondern die Ausgleichung infolge ihrer obligatorischen Natur ist also der Grund des Ausfalls.

94) Leonhard § 2055 C 2a; Mohrenwitz S. 9; Rosenthal S. 38.
95) Kaßler S. 33/34.

Unzutreffend sind ferner die Ausführungen Kaßlers[96]), daß nur das Ergebnis der obligatorischen Theorie mit dem Zweck des Aufgebotsverfahrens in Einklang stehe. Richtig ist zwar, daß die Gläubiger zur Anmeldung ihrer Forderungen aufgefordert und ihnen hierbei gewisse Rechtsnachteile im Falle einer Versäumnis angedroht werden, insbesondere anteilige Haftung nach der Auseinandersetzung. Daraus folgt aber noch nicht, daß es dem Zweck des Aufgebots widerspreche, wenn der Gläubiger in unserem Beispiel voll befriedigt wird. Die Versäumnis der Frist darf bei der Ausgleichung keine größeren Rechtsnachteile nach sich ziehen, als in den übrigen Fällen. Bei ausreichendem Nachlaß wird sonst nur die Rechtsverfolgung erschwert. Der Gläubiger kann nicht einen Miterben für die ganze Schuld in Anspruch nehmen, sondern jeden nur seinem Erbteil entsprechend, aber er wird voll befriedigt. Bei der Ausgleichung dagegen würde er trotz des ausreichenden Nachlasses nur infolge dieser internen Verschiebung einen durch nichts gerechtfertigten Ausfall erleiden. Während also in dem einen Fall nur eine Erschwerung der Rechtsverfolgung die Wirkung der Versäumnis ist, würde sie bei der Ausgleichung zu einem teilweisen Ausfall des Gläubigers führen. Diese ungleich schlechtere Behandlung des säumigen Gläubigers bei der Ausgleichung findet im Gesetz keinen Anhalt.

Zur Rechtfertigung des Ergebnisses wird ferner angeführt, daß es dem Grundgedanken der Kollation entspreche[97]). Die ideale Ausgleichung bezweckt die möglichste Gleichstellung der Abkömmlinge, der Vorbegabte soll nur zeitlich, nicht quantitativ begünstigt sein[98]). Dazu ist erforderlich, daß jeder Miterbe dem Vermögen entsprechend haftet, das er aus dem elterlichen Gesamtvermögen erhält. Ihr Empfang ist bei Berücksichtigung des Conferendums gleich. Den gleichen Aktiven entsprechen gleiche Passiva. Die Haftung muß sich

---

96) Kaßler S. 39.

97) Ermert S. 33; Kaßler S. 32.

98) Binder, „Rechtstellung' III S. 133; Schiffner S. 90; Fein S. 116; Strohal Bd. 1 S. 63; Pfizer S. 57 u. S. 128; Kohler, Ges. Abhandlungen S. 126; Zimmermann, Arch. f. ziv. Prax. 51 S. 389.

demnach nach den Erbquoten richten. Bestimmt sie sich dagegen nach den Erbquanten, dann kann diese Gleichstellung nicht erreicht werden. Die Ausgleichungsberechtigten, deren Erbquantum größer ist als ihrer Erbquote entspricht, werden durch stärkere Heranziehung zur Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten schlechter gestellt als die Vorbegabten. Diese tragen nur einen dem geringeren Erbquantum entsprechend verminderten Teil der Schulden. Die durch die Ausgleichung zunächst ereichte gleiche Behandlung der Erben wird durch die erhöhte Haftung der Ausgleichsberechtigten illusorisch gemacht. Es ist Kaßler darin beizustimmen, daß die ideale Ausgleichung damit nicht erreicht ist. Das vorbegabte Kind hat nicht nur einen zeitlichen, sondern auch quantitativen Vorteil. Der ausgleichungsberechtigte und der ausgleichungsverpflichtete Abkömmling stehen nach vollzogener Ausgleichung nicht völlig gleich da; der Ausgleichungspflichtige erhält zwar bei Berücksichtigung des Conferendums auf der Aktivseite das gleiche Quantum wie der Kollationsberechtigte, auf der Passivseite dagegen ist die Gleichheit durchbrochen. Der tatsächliche Empfang aus dem elterlichen Vermögen ist also verschieden. In dem oben angeführten Beispiel behält bei Berücksichtigung der Schulden und des Vorempfangs der Ausgleichungsberechtigte nach der dinglichen Theorie 20000 Mark, der Kollationspflichtige 100000 M. Nach der obligatorischen Theorie behält der Berechtigte 60000 M., der Ausgleichungspflichtige 100000 M. Die Differenz zwischen den tatsächlichen Empfängen beträgt also nach der dinglichen Theorie 80000 M., nach der obligatorischen Theorie nur 40000 Mark. Das Ergebnis der letzteren entspricht also mehr dem Grundgedanken der Ausgleichung.

Für das Ergebnis der dinglichen Theorie läßt sich nun m. E. nicht anführen, daß die Ausgleichung nach dem Gesetz selbst nicht immer erreicht wird [99]). Ist insbesondere ein Miterbe bereits überschwert, so kann immer nur eine annähernde Ausgleichung erzielt werden. Gar keine Ausgleichung findet statt bei überschuldetem Nachlaß: die Abkömmlinge erhalten

99) Mohrenwitz S. 17.

aus der Erbschaft nichts, der Vorbegabte behält seinen Vorempfang. Auch nach der obligatorischen Theorie kann deshalb in gewissen Fällen nur eine annähernde Ausgleichung stattfinden. M. E. läßt sich damit kein Beweis führen. Aus der Tatsache, daß in einem im Gesetz besonders geregeltem Falle der Grundgedanke der Ausgleichung nicht konsequent durchgeführt ist, darf nicht gefolgert werden, daß auch in sonstigen Fällen ein solcher Verstoß gerechtfertigt sei.

Es ist aber mit Recht darauf hingewiesen worden, daß das Ergebnis der obligatorischen Theorie erreicht ist auf Kosten der Nachlaßgläubiger; diese aber dürfen bei einem solventen Nachlaß durch die Verschiebung der Empfänge im Innenverhältnis keinen Ausfall erleiden.

Ferner ist der Ausfall des Gläubigers mit der Begründung gerechtfertigt worden, daß die Ausgleichung nur zugunsten der Miterben, nicht auch der Gläubiger wirken dürfe[100]). Die dingliche Theorie stellt das Interesse der Nachlaßgläubiger in den Vordergrund. Sie gewährt ihnen Befriedigung bei ausreichendem Nachlaß, auch wenn sie im Gläubigeraufgebot ausgeschlossen sind. Die obligatorische Theorie berücksichtigt vor allem das Interesse der Miterben und erzielt eine annähernd gleiche Behandlung derselben. Nach der dinglichen Theorie werden also die Gläubiger befriedigt, das Prinzip der Gleichheit durchbrochen; nach der obligatorischen Theorie wird die Gleichheit gewahrt, die Gläubiger fallen teilweise aus. Danach ist also die Frage zu entscheiden, ob das Interesse der Miterben oder das der Gläubiger das wichtigere ist. Wesemann[101]) hält das Ergebnis für wünschenswert, „daß ein Teil des Nachlasses vor dem Zugriff der Gläubiger geschützt, dem Erben gesichert und so nach Möglichkeit für Gleichheit in der Erbengemeinschaft gesorgt wird". Nach ihm kann man sich ebensogut auf den Standpunkt stellen, daß in erster Linie das Interesse der Miterben berücksichtigt wird. Er stützt sich auf die Motive: es sei ein durchaus unangemessenes Ergebnis, wenn die Ausgleichungspflicht infolge ihrer dinglichen Natur

100) Strützki S. 159; Wesemann S. 63.
101) Wesemann S. 64.

zum Vorteil der Nachlaßgläubiger wirken würde. Wie oben nachgewiesen, kann mit den Motiven kein Beweis in dieser Frage geführt werden. Wesemanns Ansicht ist unhaltbar. In dem BGB. ist mehrfach der Gedanke zum Ausdruck gekommen, daß die Gläubiger nicht durch den Tod ihres Schuldners schlechter gestellt werden sollen, daß sie also in erster Linie befriedigt werden und den Erben erst der Überschuß zukommen soll[102]. Dieser Gedanke ist klar ausgesprochen im § 2046, wonach zunächst die Nachlaßverbindlichkeiten zu berichtigen sind, und im § 2047, der bestimmt, daß erst der nach der Berichtigung verbleibende Überschuß dem Erben gebühre. Gegen diese Begründung kann nicht angeführt werden, daß auch in sonstigen Fällen der anteiligen Haftung der Gläubiger einen Ausfall erleidet, z. B. wenn einer der anteilig haftenden Erben in Konkurs gerät. Hier ist ein Anspruch gegen den Miterben gegeben, er kann nicht durch eine Einrede gehemmt werden, seine Verwirklichung aber ist unmöglich wegen Insolvenz des Schuldners. Der Ausfall beruht also auf tatsächlichen Gründen. Bei der Ausgleichung dagegen ist der an sich gegebene Anspruch einredebehaftet. Der Ausfall beruht also auf rechtlichen Gründen. Die beiden Fälle können nicht miteinander gleichgesetzt werden.

Ferner muß das Interesse der Gläubiger aus dem Gesichtspunkt vor den Miterben gewahrt werden, daß die Nachlaßgläubiger in der Regel ihre Forderungen und Rechte entgeltlich erworben haben, während die Miterben unentgeltliche Erwerber sind. Das im BGB. allgemein geltende Prinzip dagegen verlangt ein Zurückstehen der unentgeltlichen Erwerber zugunsten der entgeltlichen. So bestimmt § 1973, I ausdrücklich, daß der Erbe selbst den ausgeschlossenen Gläubiger vor den Verbindlichkeiten aus Pflichtteilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen befriedigen soll, also vor den unentgeltlichen Erwerbern. Beim Konkurs und der erfolglos versuchten Zwangsvollstreckung ist dem Gläubiger das Recht gegeben, im Wege der Gläubigeranfechtung die unentgeltlich veräußerten Gegenstände der Konkursmasse bzw. dem Vermögen des

102) Langheineken S. 37; Mohrenwitz S. 9; Riesenfeld Bd. I S. 326.

Zwangsvollstreckungsschuldners wieder zuzuführen und dem Zugriff der Gläubiger zu unterwerfen. Vgl. § 32 K. O. und § 3a des Einzelgläubigeranfechtungsgesetzes. Derselbe Gedanke findet sich im § 816, Abs. 1, Satz 2. Zwar macht derjenige, der einen Gegenstand von einem Nichtberechtigten gutgläubig und unentgeltlich erlangt hat, einen gültigen dinglichen Erwerb, er ist aber obligatorisch zur Herausgabe verpflichtet. Auf derselben Erwägung beruht § 822 BGB. Hat ein ungerechtfertigt Bereicherter die erlangten Gegenstände einem Dritten unentgeltlich zugewandt, so ist dieser Dritte zur Herausgabe verpflichtet, wenn und soweit der ursprünglich Bereicherte nicht haftet. Derselbe Gedanke führt ferner zum Erlöschen des Leihverhältnisses beim Verkauf oder bei der Zwangsvollstreckung; die entgeltlichen Nutzungsrechte dagegen, Miete und Pacht, sind zwar kündbar, bleiben aber bestehen, § 751 BGB., § 57 ZVG. Auf dieser Erwägung beruht vor allem auch die im § 226 KO. aufgestellte Rangordnung der Nachlaßgläubiger. Die Ansprüche aus einer Freigebigkeit des Erblassers unter Lebenden, Pflichtteilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen — unentgeltlicher Erwerb — sind nach allen anderen Ansprüchen zu berichtigen.

Aus diesen Einzelvorschriften läßt sich der Grundsatz entwickeln, daß in erster Linie der entgeltliche Erwerber zu berücksichtigen ist. In unserem Falle muß also vor allem das Interesse der Nachlaßgläubiger als der entgeltlichen Erwerber gewahrt werden; sie müssen volle Befriedigung finden. Die von Wesemann vertretene Ansicht, daß man ebensogut das Interesse der Miterben in den Vordergrund stellen könne, entspricht also nicht dem Grundgedanken des Gesetzes.

Es sei ferner darauf verwiesen, daß die Ungleichheit bei der Verteilung des Nachlasses sich durch den Erstattungsanspruch im Innenverhältnis erheblich mildern bezw. ganz wegfallen kann. Nach der hier vertretenen Ansicht haben nämlich die Miterben untereinander im Verhältnis ihrer Erbquoten zur Berichtigung der Verbindlichkeiten beizutragen[103]). Im Falle der Überschwerung allerdings scheidet der Vorbe-

103) vgl. unten § 7 Nr. 3.

dachte aus der Erbengemeinschaft völlig aus und kann auch im Innenverhältnis nicht mehr herangezogen werden. Ist er dagegen nicht überschwert, so haftet er im Außenverhältnis allerdings seinem Erbquantum entsprechend, im Innenverhältnis dagegen nach Maßgabe seines Erbteils. Es ist zu beachten, daß auch diese letztere Haftung grundsätzlich unbeschränkt, aber beschränkbar ist auf den tatsächlichen Empfang aus dem Nachlaß[104]. Bei einem Nachlaß von z. B. 180000 Mark, zwei Erben A und B, von denen A 100000 Mark auszugleichen hat, und bei Verbindlichkeiten in Höhe von 90000 M. erhält A $\frac{180000 + 100000}{2} - 100000 = 40000$ Mark, B 140000 Mark. A hat also $^{4}/_{18}$ der Verbindlichkeiten = 20000 M. zu berichtigen, B $^{14}/_{18}$ = 70000 M. A hat danach aus dem elterlichen Vermögen 140000 — 20000 = 120000 M. erhalten, B 140000 — 70000 = 70000 Mark. Im Innenverhältnis dagegen haben A und B je 45000 M. zu berichtigen. A kann seine Haftung auf 40000 Mark beschränken. Da er bereits 20000 M. den Nachlaßgläubigern entrichtet hat, ist er nur noch zur Zahlung von 40000 — 20000 = 20000 Mark an den B verpflichtet. A behält also endgültig aus dem elterlichen Vermögen 100000 M., B 90000 Mark. Die ungleiche Verteilung ist mithin stark gemildert.

Es ergibt sich somit, daß sich der teilweise Ausfall eines im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen Nachlaßgläubigers infolge der Ausgleichung nicht rechtfertigen läßt.

Um diesen teilweisen Ausfall trotz ausreichenden Nachlasses zu verhindern, wird vielfach der Vorbegabte mit seinem Conferendum für haftbar erklärt. Es wird also der Zuwendung die rechtliche Natur des Nachlasses beigelegt[105].

---

104) Planck-Strohal § 2063 1 b; Staudinger § 2063 Nr. 1.

105) Für das ältere Recht: Brinz, Pandekten II § 171 S. 727; Fein S. 339; Kohler, „Abhandlungen" Nr. 6 S. 155; Köppen S. 258; Pfizer S. 630; Seufferts Arch. 25 Nr. 249; für das BGB.: Hellmann, Krit. Vierteljahrsschr. 39 S. 144/45; Rosenthal S. 38/39 u. Binder III S. 188 Anm. 286, wenn sie sich auf d. Standpunkt d. obligat. Theorie stellen. — a. A. für das frühere Recht: Leist 3. Teil S. 478; Kipp bei Windscheidt § 608 III 11 S. 514; OLG. 2 S. 187; Zimmermann, Arch. f. d. ziv. Pr. 51 S. 411

Wie dies rechtlich zu konstruieren sei, wird von den Vertretern dieser Ansicht nicht gesagt, m. E. sind dafür nur folgende Möglichkeiten gegeben:

1. Die Zuwendung ist ein bei Lebzeiten des Erblassers hingegebener Erbteil.
2. Die Zuwendung verliert trotz der Aushändigung an den Vorbedachten nicht ihre Eigenschcft als Bestandteil des künftigen Nachlasses.
3. Die Zuwendung verliert zwar diese Eigenschaft zunächst, erlangt sie aber später wieder und zwar
   a) ipso iure durch den Erbfall,
   b) durch den Vollzug der Ausgleichung.

Zu 1. Die Auffassung der Zuwendung als eines vorausgezahlten Erbteils scheitert an der Konstruktion der Erbfolge im Gesetz. Im Gegensatz zum germanischen Recht, das die Zuwendung als vorausgezahlten Erbteil und Nachlaßteil betrachtete[106]), hat sich das BGB. dem römischen Standpunkt

---

Anm. 54, S. 390 Anm. 2. — Für das neue Recht: Binder III S. 194/96; Crome § 741 II, 2; Enneccerus-Kipp § 89 VIII; Jakubetzki S. 339; Kaßler S. 19; Leonhard-Eck Bd. 3 S. 68/69; RGR.Komm. § 2050 Nr. 1; Schiffner S. 112; Strohal § 166 Anm. 8b a. E.; Wesemann S. 31/33; ALR kennt keine Haftung des Conferendums; ALR. II, 2 § 313 bestimmte zwar im Anschluß an die Regelung der Ausgleichung, daß die vorbegabten Kinder bei nicht ausreichendem Nachlaß den unversorgten Kindern die nötige Ausstattung gewähren müssen; aber diese Vorschrift ist nur eine Konsequenz der gesetzl chen Alimentationspflicht der Geschwister im ALR., so Dernburg, „Preuß. „Privatrecht' III § 241 S. 702; Kroning S. 35. — Französisches Recht: C. c. Art. 857: Le rapport n'est dù que par le cohéritier à son cohéritier; il n'est pas dù aux l'égatairs ni au créanciers de la succession. — Schweizer Recht: Das schweizer Zivilgesetzb. A. 579 bestimmt, daß bei einem zahlungsunfähigen Erblasser die vorbedachten Erben mit den ausgleichungspflichtigen Vorempfängen der letzten 5 Jahre den Nachlaßgläubigern haften und zwar nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung; bei bösgläubigen tritt volle Haftung ein. Die Beschränkung auf 5 Jahre und auf die ungerechtfertigte Bereicherung sprechen dafür, daß dem Conferendum nicht die juristische Natur des Nachlasses beigelegt ist. Mit Recht weist vielmehr Wolfer S. 54 Anm. 127 auf die Ähnlichkeit mit der actio Pauliana hin.

106) anders Leist S. 307, 295, 252.

angeschlossen: viventis non datur hereditas. Nach § 1922 ist der Tod einer Person Voraussetzung für jeden erbrechtlichen Erwerb[107]). Die bei Lebzeiten hingegebene Zuwendung ist somit nicht Teil des Nachlasses und teilt nicht seine rechtliche Natur.

Zu 2. Wenn die Zuwendung trotz der Aushändigung nicht ihre Eigenschaft als künftiger Nachlaßbestandteil verlieren soll, so ist dies nur möglich, wenn man in der Aushändigung an den Vorbedachten keine Eigentumsübertragung sieht, sondern eine bloße Besitzübertragung mit freiem Nutzungs- und Verfügungsrecht. Dies steht mit dem Parteiwillen und den tatsächlichen Vorgängen in Widerspruch; man denke an den Fall, daß bei einem Grundstück Auflassung und Eintragung erfolgt sind. Ferner sprechen die daraus sich ergebenden Folgerungen gegen diese Ansicht: Das Conferendum unterläge als Bestandteil des Vermögens des zukünftigen Erblassers dem Zugriff seiner Gläubiger und würde in seine Konkursmasse fallen. Auch diese Möglichkeit ist abzulehnen.

Zu 3a. Daß das Conferendum zunächst in das Eigentum des Vorbedachten übergeht, später aber ipso iure durch den Eintritt des Erbfalls wieder in den Nachlaß zurückfällt, läßt sich nur durch eine resolutiv bedingte Eigentumsübertragung erklären. Die Annahme einer solchen Endbedingung findet aber in dem Verhalten der an der Rechtsübertragung Beteiligten keine Begründung; es stellt sich das Conferendum als eine Zuwendung unter Auflage dar und zwar der Auflage, die Zuwendung zur Ausgleichung zu bringen[108]). Der Unterschied zwischen einem bedingten Rechtsgeschäft und einem unbedingten unter Auflage besteht in folgendem: Bei dem ersteren ist die Wirksamkeit ins Ungewisse gestellt; das mit der Bedingung Bezweckte ist nicht klagbar. Bei einem Rechtsgeschäft unter Auflage dagegen bleibt die Wirksamkeit unangetastet, die Durchführung der Auflage ist im Wege der Klage möglich[109]). Das entscheidende Kriterium ist also, ob das

107) Meyer § 11 Nr. 1; Mohrenwitz S. 9.
108) Frommhold § 2050 Nr. 4 a. E.
109) Enneccerus, Allgem. Teil § 181 I, 3.

Rechtsgeschäft im Wege der Klage durchgeführt werden kann. Bei der Ausgleichung ist ein solcher Zwang gegeben. Die nicht vorbegabten Abkömmlinge haben ein im Wege der Klage verfolgbares Recht auf Ausgleichung. Eine Resolutivbedingung und damit ein ipso iure mit dem Erbfall eintretender Rückfall des Conferendums in den Nachlaß ist also abzulehnen.

Zu 3b. Ebenso ist es abzulehnen, daß durch den Vollzug der Ausgleichung bezüglich des Conferendums eine dingliche Rechtsverschiebung eintrete[110]. Selbst bei der Realkollation des römischen Rechts wurden die Conferenden keine res hereditariae, sondern ihre Hinzufügung zum Nachlaß geschah nur, um sie zugleich mit dem Nachlaß unter die Erben zu verteilen. Die Conferenden blieben trotz des Einwerfens Zuwendungen unter Lebenden, ein Sondervermögen im Nachlaß und daher den Nachlaßgläubigern entzogen[111]. Für das heutige Recht ist jeder Zweifel beseitigt durch § 2055. M. E. ist der Wortlaut, besonders der Ausdruck „hinzurechnen" völlig eindeutig[112]. Daraus, daß gewisse Zuwendungen dem Nachlaß hinzugerechnet werden sollen, folgt nur, daß die Werte dem Nachlaß hinzugerechnet werden; die dinglichen Wirkungen hingegen sollen nicht rückgängig gemacht werden. Die Zuwendung ist ein vom Nachlaß gesonderter Vermögensteil und bleibt es auch trotz der Ausgleichung infolge ihrer nur rechnerischen Natur.

Die Conferenden sind somit kein Bestandteil des Nachlasses. Dafür spricht außer den angeführten Gründen der Wortlaut des § 2055, der einen Unterschied macht zwischen Nachlaß und Zuwendung und die praktischen Konsequenzen der Gegenansicht[113]. Wäre das Conferendum ein Teil des Nachlasses, so müßte es das Schiksal desselben völlig teilen. Die Erbengemeinschaft wäre Gesamthandseigentümerin an ihm, eine Verfügung darüber dem einzelnen Miterben, also

---

110) Crome § 741 II, 2; Mohrenwitz S. 11; RGR.Komm. zu § 2050; Schiffner S. 112.

111) Binder, ‚Rechtstellung' III S. 196; Bernstein in Zeitschr. der Savignystiftung, röm. Abt. XV S. 29, 81, 7; Leist S. 202, 297, 345, 445, 478.

112) anders Leonhard-Eck Bd. 3 S. 68/69.

113) Mohrenwitz S. 10.

auch dem Vorbedachten entzogen, die Verwaltung könnte nur gemeinsam erfolgen. Die Gemeinschaft würde bestehen nicht nur aus den ausgleichungsbeteiligten Erben, sondern allen Miterben, insbesondere auch der überlebende Ehegatte würde daran teilnehmen. Diesen käme die Ausgleichung ebenfalls zugute. Dieses Ergebnis steht in direktem Widerspruch zum Gesetz. Schlüge ferner ein vorbegabter Miterbe seinen Anteil aus, so würde er das Conferendum als Teil seines Erbteils ebenfalls mitausschlagen.

Die Zuwendung bleibt somit Sondervermögen und dem Zugriff der Nachlaßgläubiger entzogen. Es ist also auf diese Weise nicht möglich, den im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen Miterben zur völligen Befriedigung zu verhelfen.

Planck[114]) sucht das unerwünschte Ergebnis der obligatorischen Theorie auf folgendem Wege zu vermeiden; es sei das obige Beispiel zugrunde gelegt: schließen nun A und B miteinander einen Auseinandersetzungsvertrag in der Form des § 2033 ab, wonach der Überschwerte völlig aus der Erbengemeinschaft ausscheidet, so haftet B auf Grund des § 2033 in Verbindung mit §§ 2382, 2385 auch den Gläubigern gegenüber für den auf den erworbenen Erbteil entfallenden Teil der Verbindlichkeiten. Er haftet somit für die gesamten Nachlaßverbindlichkeiten. Wenn indessen ein solcher formeller Auseinandersetzungsvertrag nicht abgeschlossen wird, so soll nach Planck folgender Weg eingeschlagen werden können; der überschwerte A kann sich unter Berufung auf seine beschränkte Haftung jeder Inanspruchnahme für die Nachlaßverbindlichkeiten entziehen. Macht er von diesem Recht keinen Gebrauch, sondern zahlt die von ihm geforderten 40000 M., so hat er gegen seinen Miterben einen Erstattungsanspruch in Höhe von 40000 M. „Da also A bei der Auseinandersetzung mit dem anderen Miterben B, wenn auch nichts von den Nachlaßgegenständen, so doch einen eventuellen Erstattungsanspruch gegenüber B hat, so kann der Gläubiger dem A gegenüber verlangen, hinsichtlich der geforderten 40000 M. so gestellt zu werden, wie A selbst gestellt sein

114) Planck-Strohal § 2061 Nr. 6; vgl. auch Riesenfeld Bd. 1 S. 326.

würde, wenn er die 40000 M. dem Gläubiger bezahlt hätte und demgemäß auf Abtretung des gegen B sich richtenden Erstattungsanspruchs bestehen können". Nach Planck kann also der Gläubiger auf Abtretung dieses Erstattungsanspruchs klagen. Es ist daher zu prüfen, ob ein solcher im Gesetz seine Begründung findet. Mit Recht ist er ganz allgemein abgelehnt worden. Unklar und unzureichend ist die von Staudinger[115]) für die Ablehnung gegebene Begründung: „Der Erstattungsanspruch sei ausgeschlossen, weil A seine Leistung unbedingt verweigern könne". Damit will Staudinger m. E. folgendes sagen: „Der beschränkt haftende Erbe, der aus dem Nachlaß nichts erhält, ist berechtigt, die Leistung zu verweigern. Macht er dieses Recht nicht geltend, so soll für ihn nach Planck ein Erstattungsanspruch entstehen. Der Rechtsgrund für diesen ist demnach darin zu sehen, daß der Miterbe ein ihm zustehendes Recht nicht geltend macht. Eine derartige Begründung eines Anspruchs mit der Nichtausübung eines Rechts ist ausgeschlossen". Einen Beweis für diese Behauptung erbringt Staudinger indessen nicht. Ermert[116]) versucht, die von Staudinger aufgestellte Behauptung mit einem Analogieschluß aus § 853 zu beweisen. Der vornehmste Anwendungsfall dieser Vorschrift ist folgender[117]): A hat infolge sittenwidriger Täuschung einen Vertrag abgeschlossen, z. B. ein abstraktes Schuldanerkenntnis ausgestellt. Trotz Kenntnis von Tat und Täter hat er nicht auf Befreiung geklagt. Sein Anspruch ist also nach 3 Jahren verjährt, BGB. 852. Trotzdem kann A auf Grund des § 853 die Befriedigung des Gläubigers aus dem Schuldanerkenntnis verweigern. Dieser soll deshalb, weil A sein Recht aus § 826 nicht ausübt, keinen gültigen Rechtsanspruch erhalten. Ebenso soll nach Ermert dadurch, daß der Erbe von seinem Beschränkungsrecht keinen Gebrauch macht, dieser kein Recht gegen die übrigen Miterben erwerben. Der Gedanke ist indessen in beiden Fällen ein verschiedener. In § 853 soll durch die

115) Staudinger, Bem. zu §§ 2055/56 I.

116) Ermert S. 42.

117) RG. Komm. § 853.

Nichtausübung eines Rechts kein Anspruch für den Gegner entstehen, bei der Ausgleichung hingegen soll kein Recht für den Betreffenden selber entstehen. Mit § 853 läßt sich also dieser Beweis nicht führen.

Es läßt sich in unserem Recht kein Gesichtspunkt finden, der eine Begründung des Erstattungsanspruchs rechtfertigt. Mit § 427 läßt er sich nicht begründen, da die Miterben aus Gesamtschuldnern mit der Teilung bereits zu Teilschuldnern geworden sind und § 427 Gesamtschuldner voraussetzt. Ebensowenig kann der Erstattungsanspruch auf eine vertragliche Vereinbarung zwischen A und B zurückgeführt werden, denn für die Annahme eines solchen ist nicht der geringste Anhalt gegeben. Ihn mit den Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag zu rechtfertigen, ist ebenfalls nicht angängig, denn die Leistung der 40000 M. liegt weder subjektiv noch objektiv im Interesse der übrigen Miterben; denn für sie entsteht dadurch eine neue Verbindlichkeit, die sie bisher nicht belastet hatte. Schließlich scheidet auch ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung aus. Er setzt eine Bereicherung des in Anspruch zu nehmenden B voraus; diese kann hier höchstens in der Befreiung von einer Schuld bestehen. Eine solche Verbindlichkeit dagegen bestand für den B nach der obligatorischen Theorie nicht. Er kann folglich auch nicht davon befreit sein.

A hat demnach keinen Erstattungsanspruch, kann also auch keinen abtreten. Die Ansicht Plancks ist unhaltbar[118]).

Auch Staudinger[119]) lehnt die von Planck vertretene Ansicht in dieser Form ab, glaubt sie aber mit einer Modifikation des abgetretenen Anspruchs aufrecht halten zu können, jedoch schwerlich zu Recht. Seine Beweisführung ist folgende: Der ausgleichungspflichtige Miterbe, selbst der überschwerte, ist und bleibt Miterbe und haftet als solcher den Nachlaßgläubigern. Er kann demnach von ihnen auf alles in Anspruch genommen werden, was er aus dem Nachlaß hat bzw.

118) Ermert S. 29/42; Leonhard § 2055 IV C 2a; RGR Komm. § 2060 Nr. 1; Staudinger, Bem. zu §§ 2055/56 I.

119) Staudinger, Bem. zu §§ 2055/56 I.

im Wege der Klage gezwungen werden, alles zu tun, um den Gläubigern zur Befriedigung aus dem vorhandenen Nachlaß zu verhelfen. Hat er also trotz seiner völligen Abfindung ein Recht, auf die Erbschaftsmasse und ihre Verteilung einzuwirken, so kann der Gläubiger die Abtretung dieses Rechtes verlangen. Ein derartiger Anspruch soll im BGB. § 2046 gegeben sein. Es ist das Recht des Miterben, verlangen zu können, daß „aus dem Nachlaß die Nachlaßverbindlichkeiten zu berichtigen sind" — es sei schon hier darauf hingewiesen, daß Staudinger den Wortlaut des Paragraphen ungenau zitiert und das m. E. sehr wichtige Wort „zunächst" außer acht läßt. Mit diesem abgetretenen Anspruch können die ausgleichungsberechtigten Miterben in Anspruch genommen werden, die gesamten Nachlaßverbindlichkeiten zu berichtigen.

Auch diese Ansicht scheitert daran, daß der Anspruch aus § 2046 dem ausgleichungspflichtigen Miterben in diesem speziellen Falle der anteiligen Haftung nicht gegeben ist. Nicht stichhaltig sind allerdings die Gründe, die Ermert S. 44 für die Ablehnung der Ansicht Staudingers anführt: Der Ausgleichungspflichtige könne nicht gezwungen werden, ein Recht abzutreten, das er ausüben könne. Daraus würde sich die ungeheuerliche Folge ergeben, daß jeder Gläubiger von seinem Schuldner ohne weiteres die Abtretung der diesem zustehenden Rechte verlangen könne. M. E. ist diese Folge keineswegs so ungeheuerlich, daß ein Gläubiger, der aus dem sonstigen Vermögen seines Schuldners keine Befriedigung erlangen kann, im Wege der Zwangsvollstreckung irgendwelche Rechte seines Schuldners in Anspruch nimmt.

Aber schon der Wortlaut des § 2046 ist m. E. mit der Ansicht Staudingers unvereinbar: „Zunächst" sollen die Verbindlichkeiten aus dem Nachlaß berichtigt werden. In den vorhergehenden §§ 2042 — 2045 ist von der Auseinandersetzung die Rede, das „zunächst" kann sich also nur auf sie beziehen, § 2046 kann also nur so ausgelegt werden, daß die Berichtigung der Verbindlichkeiten vor der Auseinandersetzung zu erfolgen hat[120]). Diese erfolgt im Wege der Teilung. Ist sie

120) Leonhard § 2046 VII; RGR.Komm. § 2046 Nr. 1.

erfolgt, so ist § 2046 nicht anwendbar; es kann demnach m. E. auch auf § 2046 nach der Teilung ein derartiger Anspruch nicht gestützt werden. Ferner spricht auch der Zweck der Vorschrift gegen die Ansicht Staudingers. Ihr Grundgedanke ist folgender: Verteilen die Miterben den Nachlaß vor der Berichtigung der Verbindlichkeiten, so tritt gewissermaßen als Strafe Verlust des Rechts ein, die Gläubiger auf den Nachlaß zu verweisen, § 2059, also eine uneingeschränkte absolute Gesamthaftung. Die einzelnen Miterben haben die Möglichkeit, diese Folgen zu verhindern, indem sie die vorherige Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten verlangen. Daraus folgt, daß dieses Recht aus § 2046 nur gegeben sein kann, wenn die oben erwähnten Folgen zu erwarten sind, also eine verschärfte Haftung. Daß dies der Grundgedanke der Vorschrift sei, folgt aus einer allgemein angenommenen Einschränkung des § 2046. Nur bei gemeinschaftlichen Schulden ist der Anspruch gegeben; trifft dagegen eine Verbindlichkeit im Innen- und Außenverhältnis nur einen einzelnen Miterben oder mehrere von ihnen, so entfällt der Anspruch; die übrigen Miterben haben ja kein Interesse an der vorherigen Berichtigung dieser Schuld, denn diese Verbindlichkeit kann sie doch nicht treffen. Es kann also zu keiner Verschärfung ihrer Haftung führen, wenn diese Schuld nicht vor der Teilung berichtigt wird. Wenn also der Miterbe kein eigenes Interesse an der vorherigen Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten hat, d. h. keine Verschärfung der Haftung zu erwarten ist, so ist ihm der Anspruch aus § 2046 zu versagen. Eine starke Stütze findet diese Ansicht im § 755, auf den im Zusammenhang dieser Vorschriften verwiesen ist, § 2042. Hier ist ein ähnlicher Anspruch nur für die Gesamtschuldner gegeben, deren Interesse, die Durchführung des Erstattungsanspruchs nach § 426, durch eine Verteilung vor der Berichtigung der Verbindlichkeiten gefährdet wird[121]). Diese Erwägungen berechtigen m. E. dazu, den § 2046 auf den Fall

121) Kaßler S. 22; Kretzschmar § 88 IV; Leonhard § 2046 C; Planck § 2046 Nr. 2; nicht gegen diese Ansicht: RGR.Komm. § 2046; Strohal § 65 Anm. 15a; anderer Ansicht: Kreß S. 202 Anm. 2.

einzuschränken, wo eine derartige Verschärfung der Haftung zu erwarten ist. In unserem Falle hat sich die Gesamtschuld bereits in eine anteilige gemildert; eine Verschärfung der Haftung ist also von der Teilung nicht mehr zu befürchten und der Ausgleichungspflichtige hat kein Interesse an der vorherigen Berichtigung der Verbindlichkeiten. Ferner ist Staudinger zu entgegnen[122]), daß die Vorschrift des § 2060 gewissermaßen als Spezialvorschrift gegenüber § 2046,I aufzufassen ist und demnach die Anwendbarkeit von § 2046 ausschließt. Schließlich sprechen gegen diese Ansicht ihre eigenen Konsequenzen. Erleidet ein Gläubiger bei beschränkter anteiliger Haftung infolge der Zahlungsunfähigkeit eines Miterben einen Ausfall, so könnte er mit demselben Recht diesen auf Abtretung des Anspruchs aus § 2046 in Anspruch nehmen und sich auf diese Weise an den anderen Miterben schadlos halten. Dieses Ergebnis steht in Widerspruch mit dem Gesetz.

Dem Ausgleichungspflichtigen ist also kein Anspruch aus § 2046 gegeben. Er kann mithin keinen solchen abtreten; die Ansicht Staudingers ist also ebenfalls unhaltbar.

Liegt, wie in dem oben angeführten Beispiel, der Sonderfall zugrunde, daß der Ausgleichungsberechtigte nicht nur mehr, sondern die gesamten Nachlaßgegenstände erhält, so wird folgender Ausweg vorgeschlagen: Die Anwendung der §§ 2059 ff. setzt die Auflösung der Erbengemeinschaft durch Teilung voraus. Eine solche erfolgt in diesem Falle bei der Ausgleichung nicht. Folglich kommen nicht die Vorschriften über die Haftung von Miterben zur Anwendung, sondern es greifen die Bestimmungen über die Haftung des Einzelerben Platz. Planck[123]) sieht deshalb in einer solchen Auseinandersetzung bei der Ausgleichung keine Teilung des Nachlasses, weil dieser in ungeteiltem Zustande in dem Besitz des Ausgleichungsberechtigten verbleibt. Er betrachtet also als maß-

---

122) Ermert S. 46.

123) Planck-Strohal § 2059 Nr. 7e; Crome § 740 Anm. 173; Leonhard § 2055 IV C 2a; RGR Komm. § 2059, § 2060 Anm. 1; Strohal Bd. 2 § 91 V; Wohlfahrt S. 31; a. A.: Staudinger § 2055 II C 2.

gebend, ob der Nachlaß noch ungeteilt vorhanden ist. Wollte man sich diese Ansicht zu eigen machen, so müßte man konsequent auch eine Teilung und die Anwendbarkeit der §§ 2059 ff. ablehnen, wenn ein Dritter oder ein Miterbe die gesamten Anteile in seiner Hand vereinigt; denn auch in diesem Fall ist der Nachlaß tatsächlich noch ungeteilt. Dies ist indessen unzutreffend. Wie Päch[124]) in längeren Darlegungen ausführt, ist für den obigen Fall mit Sicherheit aus dem Gesetz zu schließen, daß der Nachlaß als rechtlich geteilt anzusehen ist, wenn er sich auch tatsächlich noch in ungeteiltem Zustande befindet. Zunächst spricht der Wortlaut des Gesetzes im § 2007 für diese Ansicht:

> „Ist ein Erbe zu mehreren Erbteilen berufen, so bestimmt sich seine Haftung . . . . . in Ansehung eines jeden der Erbteile so, wie wenn die Erbteile verschiedenen Erben gehörten".

Das Gesetz stellt also als Voraussetzung für seine Fiktion nur die Vereinigung mehrerer Erbteile in der Hand eines Miterben auf. Daß im übrigen noch eine Erbengemeinschaft bestehen müsse, ist nicht gesagt; danach kann es sich auch um einen Miterben handeln, der den gesamten Nachlaß in seiner Hand vereinigt. Eine weitere Stütze findet diese Ansicht in der Stellung im Gesetz; § 2007 findet sich nicht unter dem Titel „Mehrheit von Erben", sondern unter dem Titel „Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten". Auch danach ist also von dem Erfordernis einer noch bestehenden Erbengemeinschaft keine Rede. Die Motive haben ferner auf S. 677 gerade den Fall noch besonders hervorgehoben, daß ein zu mehreren Erbteilen berufener Miterbe tatsächlich den gesamten Nachlaß in seiner Hand vereinigt. Schließlich verlangt auch der Grundgedanke, der zu dieser Vorschrift überhaupt geführt hat, ihre Anwendung auch für den Fall, daß ein Miterbe den gesamten Nachlaß in seiner Hand vereinigt.

124) Päch S. 28/30; Planck § 2060 Nr. 6; Strohal Bd. 2 § 90 4a; Cosack II § 387 Anm. 28; Knitschky S. 299; Weißler S. 374 ff.; Kreß S. 196; Goldmann-Lilienthal S. 339 ff.; a. A.: Binder S. 235; Wendt S. 431.

haftet der Erbe des zunächst erworbenen Erbteiles unbeschränkbar, hinsichtlich des zweiten hingegen beschränkt, so soll die unbeschränkbare Haftung bezüglich des ersten Erbteils keine nachteiligen Wirkungen auf den anderen Erbteil ausüben; die Gläubiger sollen durch die Vereinigung der Erbteile in einer Hand nicht besser gestellt werden. Der Gesetzgeber schützt unbestreitbar den mehrfach berufenen Miterben in einer noch bestehenden Erbengemeinschaft durch die Fiktion des § 2007; umsomehr muß er dem mehrfach berufenen tatsächlichen Alleinerben seinen Schutz gewähren. Wenn nämlich noch eine Erbengemeinschaft besteht, dann verhindert das Vorhandensein weiterer Miterben die Haftung des mehrfach berufenen Erben für die gesamte Nachlaßverbindlichkeit. Der mehrfach berufene Alleinerbe hingegen würde ohne die Fiktion des § 2007 für die gesamte Verbindlichkeit haften; für ihn ist also die Vergünstigung des § 2007 noch weit bedeutungsvoller.

§ 2007 ergibt somit den klaren Beweis, daß die Tatsache allein; daß der Nachlaß sich noch ungeteilt in den Händen eines Miterben befindet, nicht ausschließt, daß trotzdem bereits eine Teilung im Sinne von §§ 2059/60 vollzogen ist und daher die Vorschriften über die Haftung einer Mehrheit von Erben Anwendung finden. Die Ansicht Plancks ist also unhaltbar.

Um auch vom Standpunkt der obligatorischen Theorie den teilweisen Ausfall des ausgeschlossenen Gläubigers zu verhindern, wird vielfach der Grundsatz angeführt: Schulden sind Passivbestandteile des Vermögens, der Vermögensübergang schließt zwingend den Schuldenübergang in sich. Die Ausgleichungsberechtigten erhalten infolge der Ausgleichung mehr aus der Erbschaftsmasse, als ihnen auf Grund ihrer gesetzlichen Erbquote zukommt, sie sollen auch diesem erhöhten Anteil entsprechend für einen höheren Anteil der Verbindlichkeiten haften. Der Gedanke, daß der Vermögensübergang den Schuldenübergang in sich schließt, sei an verschiedenen Stellen im Gesetz zum Ausdruck gebracht und einer analogen

Anwendung auf die durch die Ausgleichung geschaffenen Verhältnisses fähig[125]).

Die Anwendung dieses Grundsatzes kann nun in folgenden Modalitäten vor sich gehen:

1. Der erhöhte Vermögens- und damit erhöhte Schuldanteil geht direkt vom Erblasser auf den ausgleichungsberechtigten Erben über.
2. Mit dem Erbfall gehen auf die Erben die Anteile über, die ihren Erbquoten entsprechen ohne Einwirkung der Ausgleichung. Dann erst geht das Mehr, das infolge der Kollation erworben wird, auf den Ausgleichungsberechtigten über, dementsprechend auch ein erhöhter Anteil an den Nachlaßverbindlichkeiten. Dieser Übergang kann stattfinden:
   a) bei der Auseinandersetzung,
   b) sofort beim Erbfall. Ein tatsächlicher zeitlicher Unterschied zwischen dem Erbfall und dem Erwerb infolge der Ausgleichung besteht nicht, sondern nur ein rechtlicher.

Zu 1. Die Schriftsteller, die sich darauf berufen, daß der Vermögensübergang den Schuldenübergang in sich schließe, erklären den Ausgleichungsberechtigten und den Ausgleichungsverpflichteten für Gesamtschuldner; sie halten mithin den Ausgleichungsberechtigten für den Rechtsnachfolger des Verpflichteten, nicht des Erblassers. Sie lehnen also die Ansicht zu 1) ab und zwar von ihrem Standpunkt aus mit Recht, denn sie steht nicht nur im Widerspruch zu der obligatorischen Theorie, sondern ist geradezu die dingliche Theorie.

Zu 2a. Der RGR.Kommentar[126]) will die Ansicht zu 2a mit folgender Begründung ablehnen: Die Ausgleichungsberechtigten haben das, was sie infolge der Ausgleichung mehr erhalten haben, nicht als Rechtsnachfolger des leer ausgehenden Erben erhalten, sondern sie haben empfangen, „was ihnen zustand". Der Ausdruck ist irreführend. Wenn er

125) Crome, „Erbrecht" § 744 S. 761 u. Anm. 88; Strohal, in Planck-Strohal § 2061 Nr. 6; Strohal Bd. 2 § 91 a. E.

126) RGR.Komm. § 2060 Anm. 1.

besagen will, daß die Miterben erhalten haben, was ihnen gebührt, worauf sie ein Recht haben, dann ist der Einwurf völlig hinfällig. Denn gerade ein solches obligatorisches Recht ist Voraussetzung für die Anwendung des entwickelten Grundsatzes. RGR.-Kommentar will damit indessen wohl sagen, daß der Ausgleichungsberechtigte nur das erhält, was ihm bereits gehört, woran er ein Recht hat. An Gegenständen, die jemandem bereits gehören, kann kein Rechtsübergang an den Eigentümer mehr stattfinden. Dem ist zu entgegnen, daß gerade nach der obligatorischen Theorie die Erben zunächst ihren Erbquoten entsprechend am Nachlaß berechtigt werden und dann erst infolge der Kollation eine weitere dingliche Rechtsverschiebung stattfindet. Der Ausgleichungsberechtigte erhält somit infolge der Kollation nur das, was ihm gebührt, nicht, was ihm bereits gehört. Der Einwand wäre vom Standpunkt der dinglichen Theorie aus haltbar; denn nach ihr erwirbt der Ausgleichungsberechtigte unmittelbar vom Erblasser ohne Dazwischentreten des Ausgleichungsverpflichteten seinen erhöhten Anteil. Nach ihr erhält er bei der Auseinandersetzung also nur, was ihm bereits gehört. Der RGR.Kommentar, der im allgemeinen die obligatorische Theorie vertritt, begeht also hier die Inkonsequenz, daß er seine Behauptung stützt mit Folgerungen der dinglichen Theorie. Sein Einwand ist also hinfällig.

Die Ansicht zu 2a ist aber nur möglich, wenn man auch für das Innenverhältnis die obligatorische Wirkung der Ausgleichung annimmt und die dingliche Verschiebung der Vermögenslage, die die Ausgleichung bezweckt, erst mit der Auseinandersetzung eintreten läßt. An den Vermögensübergang, der bei der Auseinandersetzung stattfindet, knüpft sich der Schuldenübergang und damit die erhöhte Haftung an. Bis dahin sind also für das Innenverhältnis die Erbquoten maßgebend. Wie bereits früher dargelegt, steht dies mit dem Grundgedanken und dem Zweck der Ausgleichung und der Zwangserbengemeinschaft in Widerspruch. Diese Ansicht ist also abzulehnen.

Zu 2b. Nach der Theorie zu 2b findet bei dem Tode des Erblassers zunächst ein Anfall der Erbquoten an die

einzelnen Erben statt und damit in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang ein weiterer Übergang des Mehr, das infolge der Ausgleichung erworben wird, auf den Kollationsberechtigten. Dieser ist also bezüglich des Mehr Rechtsnachfolger des Ausgleichungsverpflichteten. Daß eine solche rechtliche Zerlegung eines scheinbaren einheitlichen Aktes in zwei Rechtsvorgänge möglich ist, beweisen die Verhältnisse beim Erwerb des Ehemanns mit Mitteln der Ehefrau[127]). Fraglich dagegen erscheint, ob eine derartige Gestaltung bei der Ausgleichung anzunehmen ist. Der Grundsatz, daß der Vermögensübergang den Schuldenübergang in sich schließt, findet auf die Erbschaft im ganzen Anwendung, BGB. §§ 2371 ff. Es ist nun weiter zu prüfen, ob er bei dem Teil des Nachlasses, der infolge der Ausgleichung übergeht, anzuwenden ist. Unzutreffend ist die Einwendung Plancks[128]), daß es sich hier um eine Sondervorschrift handele, um prinzipwidriges Recht, das keiner analogen Anwendung auf Sondervermögen fähig sei. M. E. handelt es sich hier nicht um Sondervermögen, sondern um einen Bruchteil eines Vermögens. Von z. B. drei Erben sei A überschwert. Er wird nach der obligatorischen Theorie zu $1/3$ am Nachlaß berechtigt. Dieses Recht geht auf die anderen Miterben B und C je zur Hälfte über; jeder erhält von ihnen also außer seinem Erbteil noch $1/6$, also einen Bruchteil des gesamten Vermögens. Daß der oben entwickelte Grundsatz auf Bruchteile Anwendung findet, ist m. E. unbestreitbar[129]). § 419[130]) enthielt in seiner ursprünglichen Fassung den Zusatz, daß die Vorschrift auch auf Bruchteile Anwendung finde. Die Bestimmung ist aber später als überflüssig und selbstverständlich gestrichen. Wie bei dem gesamten Vermögen, dürfen auch bei Bruchteilen den Gläubigern die Befriedigungs-

127) Enneccerus, Familienrecht § 50 Nr. 3; RGR.Komm. § 1381 Nr. 6; RG. 84 S. 74.

128) Planck § 2061 Nr. 6.

129) Crome Bd. 2 § 205; Enneccerus, „Schuldverhältnisse" § 310 Anm. 12; OLG. Bamberg in Seuff. Arch. 60 Nr. 3; Oertmann, „Schuldrecht" § 419 Nr. 6; RG. 43 S. 181; RGR. Komm. § 419; Staudinger, „Schuldrecht" § 419 II; Warn. Jahrb. 4 S. 52.

130) E. I § 319; Prot. II S. 428.

objekte nicht entzogen werden. Dieser Einwand ist also nicht stichhaltig.

Es wird ferner darauf verwiesen[131]), daß bei § 419, § 2372, insbesondere auch § 1480 der Vermögenserwerb auf Vertrag der Parteien beruhe und die Haftung sich an eben diese Willenserklärungen knüpft, ohne Rücksicht auf die dingliche Rechtsverschiebung, deren Mangel nur im Wege der Einrede geltend gemacht werden kann. Allgemein wird anerkannt, daß bei nichtigem obligatorischen Vertrag trotz Gültigkeit des dinglichen Rechtsaktes die kumulative Haftung des Übernehmers nicht eintritt[132]). Maßgebend ist daher weniger der dingliche, als vielmehr der obligatorische Vertrag. Der Gedanke, daß Schulden Passivbestandteile des Vermögens sind, hat sich also insofern nicht durchgesetzt. Bei der Ausgleichung soll sich nun die Haftung unmittelbar und ausschließlich an den dinglichen Rechtsakt knüpfen, an den gesetzlichen Vermögensübergang. Es würde sich hier um eine analoge Anwendung der §§ 419, 1480 und 2372 handeln. Eine solche dürfte zu weit gehen und unzulässig sein. Sie würde dem wiederholt zum Ausdruck gekommenen Gedanken nicht gerecht werden, daß der auf die Vermögensübernahme gerichtete obligatorische Vertrag in zwingender Weise zu einem Schuldübernahmevertrag ausgestaltet wird. Stellt man sich also auf den Standpunkt, daß die Ausgleichung im Innenverhältnis sogleich mit dem Erbfall dingliche Wirkung haben muß und sich infolgedessen auch der Vermögens- und der Schuldenübergang von dem Ausgleichungspflichtigen auf den Ausgleichungsberechtigten in demselben Zeitpunkt vollziehen muß und daher nicht auf den Auseinandersetzungsvereinbarungen beruhen kann, so ist diese Ansicht zu 2b ebenfalls unhaltbar.

Nach der obligatorischen Theorie findet also ein im Aufgebotsverfahren ausgeschlossener Gläubiger keine völlige Befriedigung; anders die dingliche Theorie.

131) Leonhard § 2055 IV C 2a.
132) RGR.Komm. § 419; RG. 76 S. 2; Staudinger § 419 II C.

2. Die beschränkte Haftung.

Es ist in den vorhergehenden Erörterungen untersucht worden, ob die Ausgleichung auf den Anteil, für den gehaftet wird, einwirkt. Es soll im folgenden die Frage geprüft werden, ob sie auch auf die Summe, mit der der Erbe bei beschränkter Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten einzustehen hat, einen Einfluß ausübt.

Zur Erläuterung diene folgendes Beispiel: Zwei Erben A und B, von denen A 100000 M. auszugleichen hat, erben einen Nachlaß im Werte von 100000 Mark. Es erfolgt Teilung. A erhält aus der Erbschaft nichts, B 100000 Mark; von ihnen erwirbt er 50000 M. ohne Rücksicht auf die Ausgleichung, die restlichen 50000 M. gerade infolge ihrer Wirkung. Es meldet sich nun ein Gläubiger mit einer Forderung von 140000 M. Hat die Ausgleichung keinen Einfluß auf die Summe, mit der gehaftet wird, so kann der Gläubiger den B nur mit 50000 M. in Anspruch nehmen, die diesem als Erben anfallen. Der andere Miterbe A haftet nicht, da er aus dem Nachlaß nichts erhalten hat. Der Gläubiger fällt also mit 90000 M. aus, obwohl er bei Befriedigung vor der Teilung nur einen Nachteil von 40000 M. erleiden würde. Die auf Grund der Ausgleichung erworbenen 50000 M. sind somit dem Zugriff der Gläubiger entzogen. Nach der dinglichen Theorie kommt auch das infolge der Kollation erhaltene Mehr als Haftungsobjekt in Frage; der Gläubiger findet also in Höhe von 100000 Mark Befriedigung. Zu ähnlich unbilligem Ergebnisse gelangt man ferner nach der konsequenten obligatorischen Theorie, wenn Nachlaßverbindlichkeiten, z. B. Vermächtnisse nur einen Miterben treffen: A und B erben einen Nachlaß von 100000 Mark. A ist mit 100000 Mark ausgleichungspflichtig, B ist mit einem Vermächtnis von 100000 M. belastet. A erhält also wiederum nichts, B wiederum den gesamten Nachlaß. Ist die Ausgleichung hinsichtlich der Haftsumme ohne Bedeutung, dann wird das Vermächtnis nur bis zur Höhe von 50000 M. erfüllt; übt aber die Kollation einen Einfluß auf sie aus, so wird der Vermächtnisnehmer voll befriedigt.

Noch klarer zeigen sich die Folgen, wenn man den Fall setzt, daß in dem letzten Beispiel nicht nur B, sondern auch A mit einem Vermächtnis von 100000 M. belastet ist. Beide Erben machen ihre beschränkte Haftung geltend. B kann demnach nur bis zu 50000 M. in Anspruch genommen werden, A überhaupt nicht. Die dem B auf Grund der Ausgleichung zukommenden 50000 M. sind also dem Zugriff des Gläubigers sowohl des A wie des B entzogen.

Zur Rechtfertigung dieses Ergebnisses führen einige Vertreter der obligatorischen Theorie folgendes an[133]: Der Ausgleichungsberechtigte erhält nur 50000 Mark auf Grund seines Erbrechts. Nur mit diesen ist er Erbe und haftet er. Die übrigen 50000 M. erhält er infolge der Ausgleichung, also nicht in seiner Eigenschaft als Erbe, sondern als Ausgleichungsberechtigter. Als solcher ist er Nachlaßgläubiger; ein Nachlaßgläubiger aber haftet dem anderen unbefriedigt gebliebenen Nachlaßgläubiger nicht[134]. Der Beweis scheitert aber daran, daß die Ausgleichungspflicht keine Nachlaßverbindlichkeit ist (vgl. oben § 8).

Ferner sind die Folgen dieser Ansicht unbillig: trotz solventen Nachlasses bleiben die Gläubiger unbefriedigt; infolge der bloß internen Verschiebung wird ein Teil des bisherigen Befriedigungsobjektes der Gläubiger ihrem Zugriff entzogen und dem Miterben gesichert. Daß dieses Ergebnis dem Grundgedanken des Gesetzes nicht entspricht, ist bereits an anderer Stelle erörtert. Es sei hier nur noch auf folgendes hingewiesen: Bei der anteiligen Haftung rechtfertigen die Anhänger der obligatorischen Theorie ihr Ergebnis teilweise mit der angeblich schuldhaften Säumigkeit des Gläubigers, der seinen Ausfall selbst verschuldet habe. Bei dem zweiten obigen Beispiel, das sich mit einem Vermächtnis befaßt, kann von diesem Einwand keine Rede sein. Es treten hier die unbilligen Wirkungen ohne Gläubigeraufgebot ein; es kann sich

133) Frommhold § 2050 Nr. 5; Matthias, Seuff. Arch. 64 S. 409; Schiffner S. 116.

134) Binder, „Rechtstellung" III S. 188.

also nur um Wirkungen der obligatorischen Natur der Ausgleichung handeln. Diese Ansicht ist also abzulehnen.

Richtig ist vielmehr, daran festzuhalten, daß die Miterben auch nach der obligatorischen Theorie das, was sie infolge der Ausgleichung mehr erhalten, kraft ihres Erbrechts empfangen und zwar als eine Erweiterung ihres Erbteils[135]. Das Ausgleichungsrecht ist nach der Ansicht dieser Vertreter der obligatorischen Theorie ein annexum des Erbteils. Es teilt mithin seine gesamten Schiksale und wird insbesondere von der Haftung mitergriffen.

Mit Recht hat deshalb die überwiegende Mehrheit der Anhänger der obligatorischen Theorie den Einfluß der Ausgleichung auf die Haftsumme anerkannt. Nach Mohrenwitz[136] setzen sie sich in Widerspruch zu ihrer eigenen Ansicht und zum Gesetz. Seine Ausführungen lassen indessen eine klare Scheidung der anteiligen Haftung von der beschränkten vermissen. Er erörtert zunächst, ob die Haftungssumme verändert wird, und erklärt den Einfluß der Ausgleichung auf die „Haftungssumme" für gesetzwidrig, denn „man käme zu der Schlußfolgerung, daß die an der Ausgleichung beteiligten Miterben zwar zu ihren regelmäßigen gesetzlichen Quoten erben würden, daß sie aber bei anteiliger Haftung nicht den Erbquoten entsprechend haften, sondern dem Teil des Nachlasses entsprechend, den sie unter Berücksichtigung der Ausgleichung wirklich bekommen haben. Dies stünde zu § 2060 in Widerspruch, der nur folgende Möglichkeiten zuließe: bei regelmäßigen Erbquoten haften die Erben zu entsprechenden regelmäßigen Bruchteilen oder es tritt eine Verschiebung der Erbquoten und damit auch der Bruchteile ein, zu denen gehaftet wird".

Mohrenwitz scheidet also beide Fragen, wofür und womit gehaftet wird, nicht scharf voneinander. Sein Einwand

135) Cosack, „Gemeinschaft, Familienrecht, Erbrecht" § 162 V; Crome § 741 II 2 S. 736, § 685 Anm. 21; Binder III S. 185 Anm. 277; Enneccerus-Kipp § 89 VIII; Langheineken S. 36 Anm. 2; Leske II S. 1132 Anm. 9; Kaßler S. 23; Planck-Strohal, Vorbem. zu § 2058 7a; Staudinger-Herzfeld § 2055/6 I; RGR.Komm. § 2055 Nr. 4; Strohal § 66 Anm. 4–8, § 91 2, 2a.

136) Mohrenwitz S. 14.

ist nicht stichhaltig. Richtig ist jedenfalls, daß auch nach der obligatorischen Theorie bezüglich der Haftsumme die Ausgleichung die Erbteile verändert.

> Bezüglich der Haftsumme führt also auch die obligatorische Theorie zu annehmbaren Ergebnissen, wenn sie in dem Ausgleichungsrecht ein Annexum des Erbteils sieht.

3. Beitragspflicht zur Berichtigung der Verbindlichkeiten im Innenverhältnis.

Neben der Frage, wer im Außenverhältnis für die Nachlaßverbindlichkeiten haftet, ist die weitere zu entscheiden, wer sie im Innenverhältnis endgültig zu tragen hat. Staudinger[137]) erklärt gerade für diese endgültige Beitragspflicht zu der Berichtigung der Verbindlichkeiten die reellen Anteile für maßgebend. Er beruft sich zum Beweise dafür auf die Verweisung in § 2038 auf § 748. Nach dieser letzten Vorschrift sind für die Beitragspflicht zu den „Lasten" die Anteile maßgebend. M. E. begeht Staudinger zunächst die Inkonsequenz, daß er sich bezüglich der Haftung auf diese Verweisung beruft. § 2038 erklärt fernerhin die § 743 und § 745 für anwendbar, wonach das Fruchtbeziehungsrecht und das Stimmrecht sich ebenfalls nach den Anteilen bestimmen. Trotzdem vertritt Staudinger die Ansicht, daß für diese beiden Rechte nur die Erbquoten und nicht die reellen Anteile maßgebend sind. Ferner läßt sich m. E. mit dieser Vorschrift ein derartiger Beweis überhaupt nicht führen. § 748 handelt von den Lasten. Das BGB. enthält keine ausdrückliche Defination dieses Begriffes. Es ergibt sich indessen aus einer Anzahl von Vorschriften, das darunter nur Leistungen verstanden werden können, die aus einem Grundstück zu entrichten sind[138]). Vgl. §§ 101/3, § 446, Abs. 1, Satz 2; §§ 997 und 1047. In unserem

---

137) Staudinger, Vorbem. zu §§ 2050/54 II; Planck, Vorbem. zu §§ 2058 ff. 7c; RGR.Komm. § 2058 Bem. 2.

138) Fischer-Henle § 748; Oertmann § 103 Nr. 2 und § 748 Nr. 2; RGR.Komm. § 103; RG. 66 S. 318.

Falle dagegen handelt es sich nicht um Lasten in diesem Sinne, sondern um persönliche Verpflichtungen. Auf sie kann die erwähnte Vorschrift keine Anwendung finden. Es fehlt vielmehr eine positive Regelung. Nur sachliche Erwägungen können daher maßgebend sein.

Bei den Erörterungen sei folgendes Beispiel zugrunde gelegt: Drei Miterben A, B und C haben einen Nachlaß von 90000 M. geerbt. C hat 30000 M. auszugleichen. Es ist ein Nachlaßgläubiger mit einer Forderung von 27000 Mark vorhanden. Ihre Berichtigung erfolgt vor der Teilung. Es ist nun zu prüfen, ob bei Berechnung der Anteile der Bruttonachlaß, d. h. der Nachlaß ohne Abzug der Verbindlichkeiten, oder der Nettonachlaß, d. h. der Nachlaß nach Abzug der Schulden, zugrunde zu legen ist. Unter Nachlaß im Sinne der Vorschriften §§ 2050 ff. ist immer der Reinnachlaß zu verstehen[139]: bona intelleguntur, quae deducto aere alieno supersunt. Verbindlichkeiten sind vorher zu berichtigen oder falls sie streitig und die Schuld noch nicht fällig ist, sind die entsprechenden Beträge zurückzubehalten. Dies ergibt sich unmittelbar aus § 2046; er verlangt, daß zunächst die Verbindlichkeiten berichtigt werden; dann erst erfolgt die Verteilung des Nachlasses und im Zusammenhang damit die Ausgleichung. Es ergeben sich unter Zugrundelegung des Nettonachlasses folgende Zahlen: Der reelle Nachlaß beträgt 90000 — 27000 = 63000, der rechnerische 63000 + 30000 = 93000. A und B erhalten $^1/_3 \cdot 93000 = 31000$, C erhält 31000 — 30000 = 1000. Bei Berücksichtigung des Conferendums erhält er 1000 + 30000 = 31000; die Gleichheit ist also in jeder Weise gewahrt. Wird nun die Verbindlichkeit erst nach der Teilung berichtigt und werden im Innenverhältnis die Erben nach der dinglichen Theorie entsprechend ihren Erbquanten zur Deckung der Verbindlichkeiten herangezogen, so ergibt sich folgendes: Der reelle Nachlaß beträgt 90000, der fiktive 90000 + 30000 = 120000; A und B erhalten je $^1/_3$ = 40000, d. h. $^4/_9$ des reellen Nachlasses; C empfängt 40000 — 30000 = 10000 = $^1/_9$ des reellen Nachlasses. Zu diesen Bruchteilen $^4/_9$ und $^1/_9$ haben die Mit-

139) Kretschmar, Sächs. Arch. 09 S. 64 IV 2 u. Anm. 29.

erben zur Berichtigung der Verbindlichkeiten von 27000 M. beizutragen. A und B haben demnach je $^4/_9 \cdot 27000 = 12000$ Mark zu bezahlen, C $^1/_9 \cdot 27000 = 3000$ M. Sie behalten also tatsächlich aus dem Nachlaß $40000 - 12000 = 28000$, bezw. $10000 - 3000 = 7000$. Bei Berücksichtigung des Conferendums erhalten demnach A und B aus dem elterlichen Vermögen je 28000 M., C $30000 + 7000 = 37000$ M. Die einfache Tatsache allein, daß eine Verbindlichkeit nach der Teilung berichtigt wird, führt also zu einer Verschiebung der tatsächlichen Empfänge und zu einer ungerechten Verteilung des elterlichen Vermögens. Der Zweck der Ausgleichung wird nicht erreicht. Je größer die Verbindlichkeiten sind, je später sie geltend gemacht werden, desto günstiger ist die Rechtslage des Ausgleichungspflichtigen. Dies Ergebnis ist unhaltbar.

Läßt man dagegen die Erben im Innenverhältnis ihren Erbquoten entsprechend an der Berichtigung der Verbindlichkeiten teilnehmen, so ergibt sich folgendes: A und B erhalten je 40000 M. aus dem Nachlaß, C 10000 M; sie haben ihrer Erbquote entsprechend zu $^1/_3$ zur Berichtigung beizutragen, also je 9000 M. zu bezahlen. Sie behalten also tatsächlich aus dem Nachlaß $40000 - 9000 = 31000$ bezw. $10000 - 9000 = 1000$. Bei Berücksichtigung des Conferendums erhalten sie also je 31000 Mark. Die Verteilung ist also die gleiche, wenn die Berichtigung vor oder nach der Teilung erfolgt.

Es sei hier noch auf ein Argument eingegangen, das evtl. gegen diese Ansicht geltend gemacht werden könnte: Der Überschwerte scheidet völlig aus der Erbengemeinschaft aus und haftet weder im Innen-, noch im Außenverhältnis. Entfällt dagegen auf den Vorbedachten ein auch noch so geringer Erbteil, so soll sich seine Haftung im Innenverhältnis nach der Erbquote richten. Sein endgültiger Empfang aus dem elterlichen Vermögen ist also unter Umständen geringer, als wenn er überschwert wäre, mit anderen Worten, er könnte im Innenverhältnis über seinen tatsächlichen Anteil hinaus in Anspruch genommen werden. Bei einem Nachlaß von z. B. 110000 M., zwei Erben A und B, von denen A 100000 M. auszugleichen hat, erhält B $\frac{110000 + 100000}{2} = 105000$ Mark,

A 105000 — 100000 = 5000. Von den z. B. 90000 betragenden Nachlaßverbindlichkeiten haben sie im Innenverhältnis je die Hälfte = 45000 M. zu berichtigen. A behielte demnach endgültig aus seinem elterlichen Vermögen bei Einberechnung seines Conferendums 105000 — 45000 = 60000 M.; wäre er überschwert gewesen, so hätte er seinen ganzen Vorempfang = 100000 M. behalten. Ein solches Ergebnis wäre allerdings unbillig. Dem ist zu entgegnen, daß auch für diese Haftung im Innenverhältnis die Vorschriften über Beschränkung der Haftung Anwendung finden, A kann somit die ihn treffende Beitragspflicht auf 5000 M. beschränken[140]). Er behält also seinen ganzen Vorempfang in Höhe von 100000 Mark bei beschränkter Haftung. Ist er inventarsäumig, haftet er also unbeschränkt, so treten allerdings, die oben angeführten Folgen ein, während der Überschwerte in keinem Falle haftet. Dieses Ergebnis ist m. E. völlig billig. Der Überschwerte ist nie Erbe gewesen, ihn trifft keine Inventarerrichtungspflicht. Der nur Vorbedachte dagegen ist Erbe geworden. Er war somit inventarpflichtig und hat die stärkere Heranziehung für die Nachlaßverbindlichkeiten seinem eigenen schuldhaften Verhalten zuzuschreiben.

Die Erben haben demnach ihren Erbquoten entsprechend im Innenverhältnis zur Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten beizutragen unter Berücksichtigung der Beschränkbarkeit ihrer Haftung[141]).

III.

§ 8. Insbesondere die Theorie des gesetzlichen Vorausvermächtnisses.

Schiffner[142]) mißt der Ausgleichung nicht nur obligatorische Wirkung bei, sondern definiert sie als gesetzliches Vorausvermächtnis. Nach ihm entsteht der Vorteil, der dem

140) Planck § 2063 Nr. 1 b; Staudinger § 2063 Nr. 2.

141) Kowerk, Zentralbl. f. freiw. Gerichtsbarkeit 1913 S. 437.

142) Schiffner § 28; Matthias Bd. 2 § 168 S. 470, § 154 S. 415; für das schweiz. Zivilgesetzbuch: Wolfer S. 111/17.

Ausgleichungsberechtigten infolge der Kollation erwächst, nicht auf Grund des Erbrechts; er muß also eine besondere gesetzliche Grundlage haben. Diese sieht Schiffner in einem gesetzlichen Vorausvermächtnis.

Er hält die gesamten Voraussetzungen eines gesetzlichen Vorausvermächtnisses für gegeben, daß nämlich ein Vermögensvorteil zugewandt sei, daß dieser aus dem Nachlaß stamme, auf einem ergänzenden Rechtssatz beruhe und nur einen obligatorischen Anspruch gewähre[143]). Er stützt seinen Beweis vornehmlich mit den Motiven[144]); aber wie oben nachgewiesen, zu Unrecht, denn die Motive können bei der Frage nach der rechtlichen Natur der Ausgleichung nicht zum Beweise herangezogen werden.

Gegen seine Beweisführung ist angeführt worden, es fehle an einem Vermögensvorteil[145]). Die Ausgleichung wolle keinen Vorteil in juristischem Sinne zuwenden, sondern gewissermaßen einen Nachteil wieder gutmachen. M. E. ist dieser Einwand nicht zutreffend. Wenn die Ausgleichung auch gewährt wird, um eine sonst eintretende Ungerechtigkeit zu vermeiden, so hebt dieser Grund, der zum Erlaß der Vorschrift führt, die Eigenschaft der Zuwendung als Vorteil nicht auf. Der Ausgleichungsberechtigte erhält aus dem Nachlaß mehr, als er erhalten würde, wenn eine Ausgleichung nicht stattfände. Daß er also einen Vorteil erlangt hat, und zwar gerade im juristischen Sinne, läßt sich m. E. nicht leugnen[146]).

Gegen Schiffner ist ferner auf § 226 K.O. Nr. 5 verwiesen worden[147]). Die Ausgleichungspflicht ist hier nicht neben den vom Erblasser angeordneten Vermächtnissen und Auflagen angeführt worden. Hätte sie die juristische Natur eines Vermächtnisses, dann wäre auch für sie der Grund zutreffend, weshalb das Gesetz an dieser Stelle Vermächtnisse und Auflagen nennt. Dem ist zu entgegnen, daß § 226 K.O.

---

143) Vgl. Strohal Bd. 1 S. 79.
144) Schiffner § 28; Magnus S. 118.
145) Ermert S. 8/9; Wiesner S. 38.
146) Henius S. 76; Magnus S. 118.
147) Rosenthal S. 29; Theißen S. 19, 20; Anz, Anm. 1 S. 64.

auch sonst keinen Anspruch auf Vollzähligkeit machen kann[148]). Der Voraus des § 1932 BGB. und der Dreißigste des § 1969 BGB. sind gesetzliche Vermächtnisse, nicht vom Erblasser angeordnete. Der Wortlaut des § 226 K.O., der nur die gewillkürten Vermächtnisse erwähnt, begreift also diese Fälle nicht in sich; trotzdem ist die Vorschrift auf sie anzuwenden. Schließlich ist zu beachten, daß überhaupt kein Bedürfnis bestand, die Ausgleichungspflicht an dieser Stelle zu erwähnen[149]). Denn sie wird für den Konkurs nicht praktisch. Ist er eröffnet, so übersteigen die Passiva die Aktiva, der Anteil des Ausgleichungspflichtigen sinkt also auf O herab, sein Conferendum ist daher stets größer als sein Erbteil; er bleibt demnach gemäß § 2056 BGB. außer Ansatz. Er hat also keine Ansprüche auf irgendwelche Leistungen aus dem Nachlaß. Es wäre sinnlos, die Ausgleichungspflicht im § 226 K.O. aufzuzählen.

Gegen Schiffners Beweisführung ist, wie bereits an anderer Stelle angeführt wurde, anzuführen, daß sie auf einem Zirkelschluß beruht und mit dem § 2056 in Widerspruch steht.

Vermächtnisse sind ferner nach § 1967 Nachlaßverbindlichkeiten. Die Haftung für diese ist grundsätzlich unbeschränkt, aber beschränkbar. Nach § 2056 besteht für den Überschwerten keine Herausgabepflicht, seine Haftung ist also bezüglich der Ausgleichung ipso iure auf seinen Erbteil beschränkt. Die Kollationspflicht kann danach keine Nachlaßverbindlichkeit und weiterhin kein Vermächtnis sein[150]).

Auf den Voraus und den Dreißigsten sollen fernerhin die Vorschriften über Vermächtnisse entsprechende Anwendung finden. Bei der Ausgleichung fehlt ein solcher Hinweis[151]).

148) Wesemann S. 46.

149) Wesemann S. 46.

150) Anz S. 64; Jäger, i. Jur. W. 1925 1. Halbbd. S. 214; Kohler S. 117/18; Magnus S. 120; Planck, Vorbem. zu § 2050 Nr. 4; Staudinger §§ 2055, 2056 I Absatz 2, §§ 2050/54 II Absatz 6; Strohal § 17 Anm. 2; Wiesner S. 37.

151) Theißen S. 20.

Außerdem scheidet das Gesetz selbst beide Begriffe ausdrücklich voneinander[152]). Die Vorteile aus der Ausgleichungspflicht eines Miterben gelten nach § 2372 als mitverkauft. Das Vorausvermächtnis dagegen teilt nach § 2373 nicht das Schiksal des Erbteils.

Schließlich wird das Vorausvermächtnis in ganz anderer Weise geltend gemacht als die Ausgleichung[153]). Die Berichtigung eines Vermächtnisses kann, wie bei jeder anderen Nachlaßverbindlichkeit, vor und nach der Teilung verlangt werden. Die Geltendmachung der Ausgleichung dagegen ist auf den Zeitpunkt der Auseinandersetzung beschränkt. Zunächst sind alle Verbindlichkeiten aus dem Nachlaß zu berichtigen, auch die Vorausvermächtnisse; dann erst findet die Auseinandersetzung und damit die Ausgleichung statt. Wenn also ein Sohn A durch ein Vorausvermächtnis in Höhe von 2000 M. begünstigt ist, ein Sohn B mit 2000 M. ausgleichungsberechtigt ist, so wird zunächst das Vorausvermächtnis berichtigt. Der Nachlaß betrage 2000 M. Dann erhält A den gesamten Nachlaß, B nichts. Trotzdem beide mit einem Vorausvermächtnis bedacht sein sollen, ergibt sich eine derart ungleiche Behandlung[154]).

Die Theorie des gesetzlichen Vorausvermächtnisses ist also mit unserem Gesetz unvereinbar.

IV.

§ 9. Schlußbemerkung.

Die gesetzliche Ausgleichung stützt sich letzten Endes auf den mutmaßlichen Willen des Erblassers, seine Abkömmlinge in gleicher Weise zu bedenken. Hinterläßt ein Vater seinen beiden Söhnen A und B, von denen A 100000 M. auszugleichen hat, ein Landgut im Werte von 70000 Mark, so

152) Anz S. 64; Henius S. 76; Beyer S. 96; Köhler S. 118; Mohrenwitz S. 27; Rosenthal S. 30; Theißen S. 20; Wiesner S. 37.

153) Anz S. 64; Magnus S. 120; Rosenthal S. 30.

154) Mohrenwitz S. 27.

entspricht es zunächst seinem anzunehmenden Willen, daß A nichts mehr aus dem Nachlaß erhalten soll. Ferner wird er nicht beabsichtigen, dem überschwerten Sohne A auch nur das geringste Recht an dem Landgut einzuräumen. Daran soll vielmehr B allein berechtigt sein. Dieses Ergebnis zeigt sich nur bei der dinglichen Theorie. Der mutmaßliche Wille des Erblassers spricht demnach nicht mit Wolfer[155]) für die obligatorische, sondern für die dingliche Theorie.

Dieser Erwägung entsprechend läßt sich das Ergebnis der obigen Untersuchungen kurz dahin zusammenfassen:

> Die Prüfung der Entstehungsgeschichte, des Gesetzestextes und des systematischen Zusammenhangs ergibt keinen Beweis für eine der vertretenen Theorien. Die sachlichen Erwägungen sind mithin entscheidend. Für die Beziehungen der Erben untereinander führt die obligatorische Wirkung der Ausgleichung zu völlig unangemessenen Ergebnissen. Für das Rechtsverhältnis der Miterben zu den Nachlaßgläubigern führt die obligatorische Wirkung der Ausgleichung zwar hinsichtlich der beschränkten Haftung zu billigen Entscheidungen; bezüglich der anteiligen Haftung aber sind ihre Ergebnisse unannehmbar. Die Ausgleichung muß also im Innen- wie im Außenverhältnis dinglich wirken. Die obligtorische Theorie und die vermittelnde Ansicht, die nur für das Außenverhältnis die obligatorische Wirkung der Ausgleichung annimmt, sind daher unhaltbar. Die dingliche Theorie ist anzunehmen: Die Ausgleichung verändert die Erbenstellung der Ausgleichungsbeteiligten in jeder Hinsicht.

155) Wolfer S. 115.

Lebenslauf.

Ich wurde am 14. Juni 1903 zu Mülheim/Ruhr-Styrum geboren. Meine Schulbildung beendigte ich Ostern 1922 mit dem Reifezeugnis des staatlichen Gymnasiums zu Mülheim/Ruhr. Am 20. Januar 1926 bestand ich vor dem Oberlandesgericht Cassel das erste juristische Staatsexamen. Am 20. Juni 1926 wurde ich vom Oberlandesgericht Düsseldorf zum Referendar ernannt.

Hermann Hoffmann.